Das Notstandsproblem

⟨Mit besonderer Berücksichtigung des übergesetzlichen Notstandes und der Rechtsprechung des Reichsgerichts⟩.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Marburg

vorgelegt von

Ernst Traeger
mit Erfolg gepr. Rechtskand.
aus Hagen i. W.

Marburg-Lahn
1932

Buchdruckerei Karl Euker

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 28. Juli 1932.

Berichterstatter: Prof. Dr. Engelmann.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Literaturverzeichnis.

Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Aufl., 1922.

v. Ammon: Der bindende rechtswidrige Befehl, 1926.

Auer: Der strafrechtliche Notstand und das BGB., 1903.

v. Bar: Gesetz und Schuld im Strafrecht, Band II, 1907, und III, 1909.

Bauer: Der strafrechtliche Notstand mit besonderer Berücksichtigung des Notstandes des Bürgerlichen Gesetzbuches und seines Einflusses auf das Strafrecht. Dissertation, Würzburg, 1902.

Baumgarten: Notstand und Notwehr. Eine Studie im Hinblick auf das künftige Strafrecht, Tübingen 1911.

Beling: Die Lehre vom Verbrechen, 1906.

Binding: Die Normen und ihre Übertretung, Band IV, 1919/20.

— Strafrecht 1/1885, Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, 7. 1. 1.

Broglio: Der strafrechtliche Notstand, 1927.

van Calker: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen, insbesondere nach Militärstrafrecht, 1891.

— Frauenheilkunde und Strafrecht, 1908.

— Grundriß des Strafrechts, 1916.

Dohna, Graf zu: Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen, 1905.

— Recht und Irrtum, zwei Kernprobleme der Verbrechenslehre, 1925.

Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I, 1, 25.—29. Aufl., 1926.

Ferneck, Hold v.: Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts. Band II, Abt. 1, Notstand und Notwehr, 1905.

Finger: Der Begriff der Gefahr, 1889.

— Lehrbuch des deutschen Strafrechts, I., 1904.

Fischer, H. A.: Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, 1911.

Frank: Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907.

— Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 11.—14. Aufl., 1914, 18. Aufl., 1929.

Freudenthal: Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Kritik des Entwurfes zu einem deutschen Strafgesetzbuch von 1919, 1922.

Friedrich: Die Bestrafung der Motive, 1910.

Goldschmidt: Der Notstand, 1913.

— Der Notstand, ein Schuldproblem. In Österr. Zeitschrift für Strafrecht IV, 1913, S. 129 ff.

Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht, Band II, Teil 1/1884.

— Das Preuß. Strafrecht. Teil II, System des Preuß. Strafrechts, I. oder Allgem. Teil, 1858.

Hegel: Grundlinien der Philosophie des Rechts, hrsg. von Eduard Gans, 1833.
Henkel: Die Rechtsnatur des Notstandes, 1927.
Heimberger: Berufsrechte und verwandte Fälle. In Vergl. Darst. des deutschen und ausl. Strafrechts, Allgem. Teil, Band IV, 1908, S. 15 ff.
— Rechtmäßiges und rechtswidriges Handeln. In Vergl. Darst. des deutschen und ausl. Strafrechts, Allgem. Teil, Band IV, 1908, S. 1 ff.
Heinemann: Die Bindingsche Schuldlehre, 1889. In Abh. des krim. Seminars zu Marburg.
v. Hippel: Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in den Entwürfen. In Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 42, S. 404 ff.
Hofacker: Rechtswidrigkeit und Kriegsverbrechen, 1921.
Jabinski: Zur dogmatischen Kritik der Notstandshandlungen, 1914.
Janka: Der strafrechtliche Notstand, 1878.
Kant: Methaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 2. Aufl., Königsberg, 1798.
Köhler, August: Der Notstand im künftigen Strafrecht, Erlangen, 1926.
Köhler: Deutsches Strafrecht, Leipzig, 1917.
Kühn, Karl: Die Pflichtenkollision im Strafrecht, Dissertation, Leipzig, 1908.
Liebmann: Die Pflicht des Arztes zur Bewahrung anvertrauter Geheimnisse, Frankfurt a. M., 1886.
v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 21./22. Aufl., 1919, 23. Aufl. 1921, 25. Aufl. 1927.
Lobe: Das Reichsstrafgesetzbuch, erl. v. Ebermayer usw., 1920.
Manigk: Interessenjurisprudenz. In Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, 3. Band, 1928, S. 309 ff.
— Savigny und der Modernismus im Recht, Berlin, 1914.
Mauczka: Der Rechtsgrund des Schadenersatzes außerhalb bestehender Schuldverhältnisse. Mit bes. Berücksichtigung des österr. und deutschen Privatrechts. Leipzig und Wien, 1904.
Mayer, Max Ernst: Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1915.
— — — Rechtsnormen und Kulturnormen, Breslau, 1903.
Merkel, Adolf: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Stuttgart, 1889.
Merkel, Rudolf: Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen, 1895.
Mezger: Die subjektiven Unrechtselemente. In „Der Gerichtssaal", Band 89, 1924, S. 207 ff.
— Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, 1926. In Festschrift für Ludwig Traeger zum 70. Geburtstag am 10. 6. 1926, S. 187/230.
Nagler: Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit. In Festschrift für Binding, II. Band, 1911, S. 275 ff.
Neubecker, F. K.: Zwang und Notstand in rechtsvergleichender Darstellung, I. Band, 1910.
North: Die Nothilfepflicht, 1906.
Oetker: Hilfeleistung in Staatsnotwehr und Staatsnotstand. In „Der Gerichtssaal", Band 97, 1928, S. 411 ff.
— Notwehr und Notstand. In Vergl. Darst. des deutschen und ausl. Strafrechts, Allgem. Teil, Band II, 1908, S. 255 ff.

Olshausen: Kommentar zum StGB., 10. Aufl., 1916, 11. Aufl. 1927.

Radbruch: Abtreibung. In Vergl. Darst. des deutschen und ausl. Strafrechts, Bes. Teil, Band V, S. 159 ff.

Sauer: Grundlagen des Strafrechts nebst Umriß einer Rechts- und Sozialphilosophie, Berlin und Leipzig, 1921.

Sauter: Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz, 1910. Strafrechtl. Abh., Heft 123.

Schmidt, Eberh.: Das Reichsgericht und der „übergesetzliche Notstand". In Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Band 49, 1929, S. 350 ff.

Schwartz: Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 1914.

Sippel: Über die Berechtigung der Vernichtung des kindlichen Lebens zur Rettung der Mutter, 1902.

Stammler, Rudolf: Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Notstandes unter Berücksichtigung der Quellen des früheren gemeinen Rechts und der modernen Gesetzgebungen, namentlich des Strafgesetzbuches für das Deutsche Reich. Preisschrift Gießen. Erlangen, 1878.

Titze: Die Notstandsrechte im deutschen BGB., 1897.

Verhandlungen des 34. deutschen Juristentags, II. Band, 1927.

Wachenfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1914.

v. Wächter: Das Königl. Sächsische und das Thür. Strafrecht, ein Handbuch, Stuttgart, 1857.

v. Weber: Das Notstandsproblem und seine Lösung in den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1919 und 1925; 1925. Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 12.

Wessely: Die Befugnisse des Notstandes und der Notwehr, 1862.

Wolff: Der strafrechtliche Schutz des Berufsgeheimnisses, 1908. (Abh. Heft 86.)

Würzburger: Das Recht des strafrechtlichen Notstandes vor und nach dem Inkrafttreten des Bürgerl. Gesetzbuches, 1903. Strafrechtl. Abh., Heft 48.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Erstes Kapitel.

§ 1. Der Notstandsbegriff. 9

Zweites Kapitel.

Der Notstand in der deutschen Gesetzgebung. 13

§ 2. Der Notstand des Strafgesetzbuches. 14

§ 3. Der Notstand des Bürgerlichen Gesetzbuches. 19

§ 4. Das Verhältnis der strafrechtlichen Regelung zur zivilrechtlichen und die Bedeutung der Notstandsbeschränkung in den §§ 52 Abs. 1, 54 StGB. und §§ 228, 904 BGB. 22

Drittes Kapitel.

Der sogenannte übergesetzliche Notstand. 24

§ 5. Begriff. 24

§ 6. Die rechtliche Behandlung. Das Prinzip des überwiegenden Interesses. 26

§ 7. Die Pflichtenkollision. 29

§ 8. Die Rechtsgüterkollision und die Kollision von Rechtsgütern und Rechtspflichten. (Einschließlich einer Betrachtung über die Zulässigkeit der Nothilfe in jenen Fällen.) 38

Viertes Kapitel.

§ 9. Die weiteren Voraussetzungen der Notstandsstraflosigkeit. 54

I. Erheblicher Notstand. 54

II. Gegenwärtige, anders nicht zu beseitigende Gefahr. 55

III. Unverschuldeter Notstand. 57

IV. Bewußtsein des Täters von der Notlage. 63

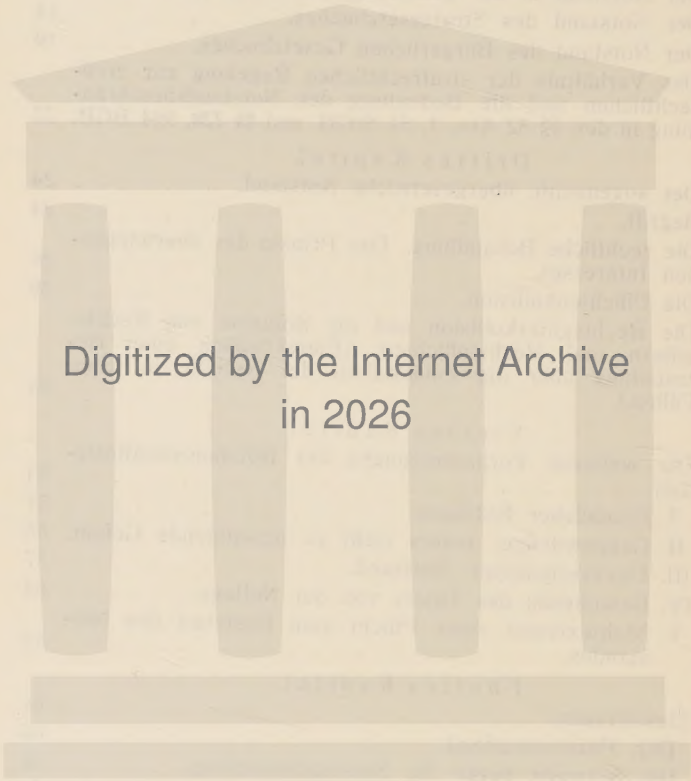
V. Nichtexistenz einer Pflicht zum Bestehen des Notstandes. 64

Fünftes Kapitel.

Einzelfragen. 66

§ 10. Der Putativnotstand. 66

§ 11. Die Notwehr gegen die Notstandshandlung. 68


Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554407_0125

Erstes Kapitel.

§ 1. Der Notstandsbegriff.

Den Verbrecher trifft für seine Tat die vom Gesetz dafür festgesetzte Strafe.

Die Bestrafung des Verbrechers ist für die im Staate organisierte menschliche Gesellschaft eine Notwendigkeit; denn nur die abschreckende Kraft des angedrohten und im einzelnen vollzogenen Strafübels vermag ihr diejenige Sicherheit gegen Übergriffe ihrer Mitglieder zu geben, deren sie zu einer gedeihlichen Fortentwicklung bedarf.

Außerdem entspricht es auch der Billigkeit, daß derjenige, welcher die Interessen seiner Mitbürger nicht achtet, in einem eigenen Interesse geschmälert, bestraft wird.

Die Tatbestände der strafbaren Interessenverletzungen, der strafbaren Handlungen, sind in den Strafgesetzen niedergelegt.

Wer die Merkmale eines solchen Tatbestandes in subjektiver und objektiver Hinsicht erfüllt, wird bestraft, und ein jeder wird das grundsätzlich in der Ordnung finden.

Zu einer milderen Beurteilung der strafbaren Handlung sind wir dann geneigt, wenn der Täter nur aus Not, also nicht aus verbrecherischem Antrieb, die Strafgesetze übertreten hat.

Das Gesetz selbst erkennt in verschiedenen Fällen die Not des Täters als Milderungsgrund an. (Vgl. StGB. §§ 248a, 264a.)

Mitunter kann die Not des Täters derart sein, daß die aus ihr entspringende strafbare Handlung allgemein als nicht mehr strafwürdig angesehen wird, daß es allgemein als unbillig empfunden wird, den Handelnden die Schwere des Gesetzes fühlen zu lassen.

So ist es in den Fällen, welche mit dem technischen Ausdruck als Notwehr und Notstand bezeichnet werden.

Die Notwehr hat, wenn man von Einzelheiten absehen will, der rechtlichen Beurteilung niemals besondere Schwierigkeiten geboten. Es ist nur selbstverständlich, daß man sich gegen den rechtswidrigen Angriff eines Menschen verteidigen und zum Zwecke der Verteidigung Gesetzesnormen übertreten darf, welche den Schutz berechtigter Interessen des Angreifers bezwecken.

Ganz anders liegen die Verhältnisse beim Notstand.

Wie bei der Notwehr ist es auch hier eine Notlage, welche den Täter zum Eingriff in fremde Interessen zwingt. Während aber diese Notlage bei der Notwehr durch den rechtswidrigen Angriff eines Menschen verursacht wird, entsteht sie beim Notstand ohne einen solchen, zufällig oder gar durch eigene Schuld des Täters.

Die Frage, ob und inwieweit man zur Beseitigung eines so entstandenen Zustandes der Not in fremde neutrale Interessen eingreifen darf, beantwortet sich schwer und bietet zu vielen Zweifeln Anlaß.

Es gibt demnach auch kaum ein Rechtsgebiet, auf dem so viele Streitfragen ausgetragen worden sind wie auf dem weiten Gebiete des Notstandes.

Notwehr und Notstand haben das gemeinsam, daß um irgendein Interesse zu wahren, notwendig ein anderes entgegenstehendes Interesse verletzt werden muß. Beide, die Notwehr- und die Notstandslage, kann man also als eine Interessenkollision bezeichnen. Während aber im Falle der Notwehr das entgegenstehende Interesse des Angreifers durch dessen rechtswidriges Verhalten schutzunwürdig geworden ist, stehen sich im Falle des Notstandes zwei gleichermaßen schutzwürdige Interessen gegenüber. Zum Unterschied von der Notwehr wird man daher den Notstand als die Kollision schutzwürdiger Interessen zu bezeichnen haben. (Diese Bezeichnung kennzeichnet die Sachlage besser als der von *Rudolf Merkel* geprägte und seitdem allgemein verwendete Ausdruck „Kollision rechtmäßiger Interessen"; denn rechtmäßige Interessen kollidieren ja auch im Falle der Notwehr, nur daß hier das rechtmäßige Interesse des Angreifers schutzunwürdig geworden ist.)

Es entsteht nun die Frage, welche Interessen in die Notstandskollision geraten können.

Der häufigste Fall des Notstandes ist die Kollision zweier Rechtsgüter. (Um das Rechtsgut des Lebens zu erhalten, ist es z. B. notwendig, auf fremdes Eigentum einzuwirken.) In ihr erschöpft sich nach einigen das Problem des Notstandes überhaupt[1]).

Ebenso wie die Kollisionen zweier Rechtsgüter kommen aber auch Kollisionen zwischen Rechtsgütern und Rechtspflichten vor. Um ein Rechtsgut (z. B. das Leben) zu erhalten, ist die Verletzung einer Pflicht erforderlich, und umgekehrt kann die Verletzung eines Rechtsgutes geboten sein, um eine Pflicht erfüllen zu können. Endlich kann der Notstand in einer reinen Pflichtenkollision bestehen.

Die Kollision zweier Pflichten wird vielfach nicht zum Notstande gezählt[2]). Sie gehört aber, wie *Binding* a. a. O. nachgewiesen hat, unbedingt dem Gebiete des Notstandes an.

[1]) Vgl. dazu v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Band III, S. 220 ff.
[2]) Vgl. u. a. Baumgarten, Notstand und Notwehr, 1911, S. 7; v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht III, S. 220 fi.; v. Weber, Das Notstandsproblem usw., S. 3.

Jeder Pflicht korrespondiert ein bestimmtes Interesse, zu dessen Wahrung sie aufgestellt ist. Ebensogut wie die Rechtsgüterkollision ist daher auch die Kollision zweier Pflichten eine Kollision schutzwürdiger Interessen; als eine solche ist aber der Notstand zu bestimmen.

Die Notstandssituation ist immer derart, daß die Erhaltung eines Rechtsgutes oder die Erfüllung einer Rechtspflicht nur dadurch möglich ist, daß ein entgegenstehendes Interesse verletzt, d. h. regelmäßig eine verbotene Handlung vorgenommen wird.

Der Notstand kann daher mit *Binding* bestimmt werden als: „Die Lage eines Menschen, worin er nur durch eine verbotene Handlung ein gefährdetes Rechtsgut erretten oder die Erfüllung einer Rechtspflicht ermöglichen kann[3])."

Einen so weitgefaßten und allen Anforderungen genügenden Notstandsbegriff haben wir erst den Untersuchungen *Bindings* zu verdanken.

Notstandssituationen waren zwar zu allen Zeiten als strafausschließende oder strafmildernde Umstände anerkannt, jedoch griffen die älteren Rechte und die älteren Lehrmeinungen nur einige Spezialfälle des Notstandes heraus und glaubten, daß sich das Problem in ihnen erschöpfe[4]).

Es soll in kurzen Zügen hier dargetan werden, wie in früherer Zeit der Notstand beurteilt worden ist.

Dem römischen Recht war der Notstand als Rechtsinstitut unbekannt. Jedoch finden sich an einigen Stellen Regelungen einzelner Notstandsfälle. So Vorschriften über die Bedrohung durch Feuers- und Wassersgefahr (Lex 3 § 7 Dig. de incendio 47, 9; Lex 49 § 1 Dig. ad legem Aquiliam 9, 2) und die Lex Rhodia de jactu (D. 14, 2), der unsere sogenannte Große Haverei, §§ 700 ff. HGB., nachgebildet ist.

Für das ältere germanische Recht sind Aussprüche allgemeiner Natur hervorzuheben, die beweisen, daß man geneigt war, der Not des Täters eine mindestens strafmildernde Wirkung beizulegen; z. B. das noch heute oft gebrauchte Sprichwort: „Not kennt kein Gebot"; ferner: „Des hungers Not geit boven alle bot."

Nach der Notstandsbestimmung des Sachsenspiegels (III Art 68) durfte der Reiter auf fremdem Felde Korn schneiden, um sein Pferd vor dem Verhungern zu bewahren.

Im kanonischen Recht finden wir zwar den Notstand betreffende allgemeine Redewendungen wie: „Necessitas non habet legem",

---

[3]) Vgl. die Ausführungen Bindings im Handbuch des Strafrechts, S. 754 ff.

[4]) Ausführlichere Darstellungen zur Geschichte des Notstandes finden sich u. a. bei Stammler, Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Notstandes, 1878; Janka, Der strafrechtliche Notstand, 1878; v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Band III, S. 224 ff.

„Quod non est licitum lege, necessitas facit licitum" (Dist. I, cap. 11 de consecr.; c. 4 X de r. j. 5, 41), doch war im wesentlichen als Notstandsfall nur die necessitas famis und die necessitas nuditatis anerkannt.

Unter dem Einfluß des kanonischen Rechts stand das zu Beginn der Neuzeit erlassene Strafgesetzbuch Karl V., die Constitutio Criminalis Carolina von 1532. In Art. 166, 175 bestimmte sie, daß das „Stelen in rechter Hungersnot" nach richterlichem Ermessen geringer zu bestrafen oder ganz straffrei zu lassen sei.

Ein Rückblick auf die bisherigen Darlegungen zeigt, daß die damalige Lehre den Notstand als eine Kollision von Leben und Eigentum und in gewissen Fällen als eine solche von Eigentum und Eigentum begriff.

Mit dieser engen Auffassung vom Notstande hat man sich trotz der unbefriedigenden Ergebnisse der Praxis eine lange Zeit abgefunden.

Erst *Immanuel Kant* verdanken wir eine nicht unerhebliche Erweiterung des Notstandsbegriffs[5]).

Kant fügte demselben als einen weiteren Kollisionsfall die Kollision von Leben und Leben hinzu. Die Vernichtung eines fremden Lebens zur Rettung des eigenen erklärte er zwar nicht für unsträflich aber doch für unstrafbar. Der Zweck der Strafe als Abschreckung müsse versagen, wenn dem Täter in jedem Falle ein gleich großes Übel drohe, von denen das eine sogar in besonders bedrohlicher und sicherer Nähe stehe.

Eigenartig und für die damalige Zeit ganz neu war die Notstandsauffassung des Philosophen *Hegel*[6]). Er tat zwar insofern wieder einen Schritt zurück, als er unter Notstand lediglich die Kollision zwischen Leben und Eigentum begriff. Während aber all seine Vorgänger in der Not des Täters gewissermaßen nur ein entschuldigendes Moment erblickt hatten, gewährte *Hegel* dem Notstandstäter ein Recht auf die Vornahme der Notstandshandlung. Dies erklärt sich aus der *Hegelschen* Auffassung des Lebens als dem Universalrechte, dem Rechte κατ' ἐξοχην. Der Verlust des Lebens bewirkt den Eintritt der totalen Rechtlosigkeit, und, um diesen zu verhindern, muß es erlaubt, ja rechtens sein, fremdes Eigentum, welches gegenüber dem Leben nur einen sehr beschränkten Wert hat, anzugreifen, zu beschädigen oder zu zerstören.

Die *Hegelsche* Ansicht enthält einen richtigen Grundgedanken, und das war wohl auch der Grund, warum sie zunächst fast allgemein anerkannt wurde.

Bald indes sah sich gerade *Hegels* treuester Anhänger, *Köstlin,* veranlaßt, den Notstandsbegriff wieder zu erweitern. In seiner

---

[5]) Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Einl. pag. XVI ff.
[6]) Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 127.

„Neuen Revision" fügte er zunächst dem Notstande den Fall der Perforation des Kindes im Mutterleibe hinzu; in seinem „System des deutschen Strafrechts" gelangt er dann zu einer ganz gewaltigen Ausdehnung. Das *(Hegelsche)* Notrecht besteht nach diesen Darlegungen nicht nur bei einem Konflikt zwischen Leben und Eigentum, sondern bei allen Konflikten, bei welchen auf der einen Seite das Leben, auf der anderen ein beschränktes Persönlichkeitsrecht beteiligt ist.

Eine noch weitere Auffassung des Notstandes findet sich bei *Luden* und *v. Wächter*[7]). Sie bestimmen den Notstand als die Kollision zwischen der eigenen Erhaltung und der Begehung einer verbotenen Handlung. Auf der einen Seite der Kollision sind also beteiligt entweder Leib oder Leben, auf der anderen Seite kann jedes beliebige Rechtsgut oder jede beliebige Rechtspflicht stehen.

Die Ansicht dieser beiden Männer wurde bald die in Wissenschaft und Gesetzgebung herrschende; unsere Strafgesetzgebung ist bis auf den heutigen Tag noch nicht über sie hinausgekommen.

Die *Ludensche* Auffassung vom Notstande erwies sich aber immer noch als zu eng; die praktische Erfahrung lehrte immer wieder aufs neue, daß sich noch mehr Fälle ereignen, welche durch sie nicht gedeckt werden, und die doch ganz zweifellos nur unter dem Gesichtspunkt des Notstandes für straflos erklärt werden können.

Es ist das Verdienst *Bindings,* auf diese Fälle hingewiesen und sie in ein System gebracht zu haben. Von ihm stammt die auf S. 11 gegebene Begriffsbestimmung des Notstandes, welche den Höhepunkt in der Entwicklung des Notstandsproblems bedeutet.

Zweites Kapitel.

Der Notstand in der deutschen Gesetzgebung.

Die Hauptbestimmungen der deutschen Gesetzgebung über den Notstand finden sich in den §§ 52 Abs. 1, 54 StGB., sowie in den §§ 228, 904 BGB.

Die gesetzliche Regelung des Notstandes ist nach allen Richtungen ungenügend; insbesondere sind durch sie viele Kollisionsfälle, welche als Notstand betrachtet werden müssen, nicht miterfaßt worden.

Die beiden einschlägigen Gesetze, das Strafgesetzbuch und das Bürgerliche Gesetzbuch, nehmen zum Notstandsproblem einen ganz verschiedenen Standpunkt ein. Es fehlt daher dem deutschen positiven Recht ein einheitlicher Notstandsbegriff, welcher eine einheitliche Betrachtung der gesetzlichen Notstandsbestimmungen zuließe.

Zunächst ist der Notstand des Strafgesetzbuches zu behandeln.

[7]) Vgl. v. Wächter, Das königl. Sächs. und Thür. Strafrecht, ein Handbuch, 1857, S. 362.

§ 2. Der Notstand des Strafgesetzbuches.

Der Notstandsparagraph des Strafgesetzbuches ist der § 54, welcher folgenden Wortlaut hat: „Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung außer dem Falle der Notwehr in einem unverschuldeten, auf andere Weise nicht zu beseitigenden Notstande zur Rettung aus einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben des Täters oder eines Angehörigen begangen worden ist."

In § 52 Abs. 1 ist ein Fall geregelt, welcher mangels einer besonderen gesetzlichen Bestimmung durch den eben zitierten § 54 gedeckt wäre. § 52 Abs. 1 lautet: „Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn der Täter — — — — durch eine Drohung, welche mit einer gegenwärtigen, auf andere Weise nicht abwendbaren Gefahr für Leib oder Leben seiner selbst oder eines Angehörigen verbunden war, zu der Handlung genötigt worden ist."

Sowohl im Falle des § 54 wie auch im Falle des § 52 Abs. 1 handelt es sich darum, daß der Täter eine an sich strafbare Handlung vornimmt, um sich aus einer Gefahr für Leib oder Leben zu retten.

Wie diese Gefahr entsteht, ob durch eine gefährliche Drohung oder durch ein Naturereignis oder irgendwie sonst, kann für die rechtliche Beurteilung der Situation keinen Unterschied begründen; es handelt sich in § 52 Abs. 1 und § 54 um genau denselben abstrakten Notstandsfall.

Man faßt daher auch in der Theorie fast allgemein die beiden Paragraphen unter dem Gesichtspunkt des Notstandes zusammen.

Ein Blick auf die gesetzlichen Bestimmungen des Strafgesetzbuches zeigt, daß der Strafgesetzgeber den Notstand als eine Kollision zwischen Leib oder Leben und einer verbotenen Handlung ansieht, damit also den Standpunkt *Ludens* und *v. Wächters* teilt, welche den Notstand als die Kollision zwischen der eigenen Erhaltung und einer verbotenen Handlung bestimmt hatten[8]).

Wenn auf der einen Seite der Interessenkollision das Leben beteiligt ist, so kann, wie allgemein anerkannt wird, jede strafbare Handlung, auch die schwerste, unter dem Schutz des Notstandes vorgenommen werden.

Dagegen kann es zweifelhaft sein, ob jede Bedrohung der körperlichen Unversehrtheit dem Täter denselben Freibrief auszustellen vermag.

Nach einigen[9]) genügt es zur straflosen Vornahme jeder Notstandshandlung, wenn dem Täter auch nur eine leichte Körperverletzung drohte.

Es dürfte indes wohl allgemein als unbillig empfunden werden, wenn man in Befolgung dieser Auffassung denjenigen straflos läßt,

---

[8]) Vgl. S. 13.

[9]) Wie z. B. Baumgarten, Notwehr und Notstand (1911), S. 40.

welcher, um einem ungefährlichen Schlage zu entgehen, einen unbeteiligten Dritten tötet.

In das entgegengesetzte Extrem verfällt diejenige Ansicht, welche die straflose Vornahme der Notstandshandlung nur dann gestatten will, wenn für den Täter die Gefahr einer schweren Körperverletzung mit nachhaltiger oder den Leib entwertender Wirkung bestand[10]).

Sie interpretiert in unzulässiger Weise etwas in das Gesetz hinein, was aus seinem Wortlaut nicht zu entnehmen ist und seinem Sinn direkt widersprechen dürfte.

Den Grundsatz der Proportionalität vertreten u. a. *Binding*[11]), *Lobe*[12]) und *Schwartz*[13]).

Danach soll eine schwer in fremde Interessen eingreifende Notstandshandlung nur beim Vorliegen schwerer Leibesgefahr entschuldigt werden, während für eine leichtere Interessenverletzung leichtere Leibesgefahr genügt.

Eine solche Güterabwägung, so sehr ihr de lege ferenda beizutreten wäre, ist aber dem Strafgesetzbuch zweifellos unbekannt. Angesichts dessen läßt sich die eben angeführte Ansicht nicht halten.

Das Gesetz verlangt, daß um im Notstande straflos handeln zu können, eine Gefahr für den Leib vorliegen muß. Von einer Gefahr für den Leib kann man aber dann nicht sprechen, wenn durch ein zukünftiges Ereignis die körperliche Unversehrtheit nur in einer für den Organismus völlig unschädlichen Weise bedroht ist.

Lediglich durch die richtige Auslegung des Wortes Gefahr kommt man also zu dem Schluß, daß bei Leibesnotstand die Notstandshandlung nur zulässig ist, wenn bei ihrer Unterlassung dem Täter eine nicht ganz unerhebliche Körperverletzung droht.

Ist aber das Vorliegen einer wirklichen Leibesgefahr zu bejahen, dann ist zur Rettung aus einer solchen jede Verletzung fremder Interessen, auch die schwerste, straflos. So will es das Gesetz, und so ist es zu respektieren[14]).

Die Notstandsverletzung ist nicht nur dann straflos, wenn eine Leibes- oder Lebensgefahr für den Täter bestand, sondern auch dann, wenn dieses Moment bei einem seiner Angehörigen vorlag.

Verlangt wird aber in § 54, daß der Notstand unverschuldet sein müsse, um einen Strafausschließungsgrund für den Täter abzugeben. Sofern also die Notstandssituation durch den Täter ver-

---

[10]) Sie wird u. a. vertreten von: Eckstein i. Goltd. A. 57, S. 264; Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1. Band, S. 422; Neubecker. Zwang und Notstand, 1910, 1. Band, S. 209; Oetker in VDA. II, S. 340 ff.; RG. 29/77.

[11]) Binding, Handbuch, S. 774.

[12]) Lobe, Das Reichsstrafgesetzbuch, erl. von Ebermayer, 1920, N. 3 zu § 52 und zu § 54.

[13]) Schwartz, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1914, § 52 N. 3b.

[14]) Ähnlich Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Aufl., S. 133.

schuldet ist, kann er sich auf Notstand nicht berufen. Ist dagegen ein Angehöriger des Täters schuldhaft in Notstand geraten, so darf dieser die Nothilfehandlung straflos vornehmen[15]).

Das Erfordernis des unverschuldeten Notstandes fehlt im § 52 Abs. 1. Angesichts der rechtlichen Gleichheit der Fälle in den §§ 52 und 54 StGB. muß die gesetzliche Regelung in dieser Beziehung als fehlerhaft angesehen werden. Diese Erkenntnis darf aber nicht dazu führen, das Moment der Verschuldung in den § 52 hineinzuinterpretieren[16]). Dies würde einen Verstoß gegen den § 2 StGB. bedeuten[17]).

Sehr bestritten ist die Frage, wie man den Notstand des Strafgesetzbuches und die aus ihm resultierende Notstandshandlung rechtlich zu beurteilen habe.

Häufig begegnet man der Auffassung, daß der Notstand die Rechtswidrigkeit der Handlung beseitige; man erhebt den Notstand zum Notrechte[18]).

So zutreffend diese Ansicht in vielen Fällen auch ist, für den Notstand des Strafgesetzbuches läßt sie sich nicht halten.

Das Strafgesetzbuch gestattet bei Gefahr für Leib oder Leben den denkbar schwersten Eingriff in fremde Interessen; auf den Wert der sich gegenüberstehenden Interessen kommt es hierbei gar nicht an.

Schon dieses völlige Fehlen einer jeden objektiven Interessenabwägung sollte davor warnen, den strafrechtlichen Notstand zum Notrechte zu stempeln.

Der Gesetzgeber gestattet die Nothilfe nur dann, wenn ein Angehöriger des Täters sich im Notstande befand. Mit dieser gesetzlichen Regelung ist die Auffassung des Notstandes als eines Notrechtes unvereinbar.

Eine Folge dieser Ansicht ist das Verbot der Notwehr gegen die Notstandshandlung.

Wenn auch der Ausschluß der Notwehr praktisch durchaus nicht so unerträglich ist, wie man vielfach annimmt, (denn der durch die Notstandshandlung Bedrohte wird sich oft, namentlich in schwerwiegenden auch sein Dasein bedrohenden Fällen, auch

---

[15]) a. A. Binding, Handbuch des Strafrechts I, 788; Oetker, VDA. II, 344; Frank, Das Strafrecht für das Deutsche Reich, 11. -14. Aufl. I 4 zu § 54; Wachenfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 124; die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht ergibt sich aus dem subjektiven Standpunkt des Strafgesetzbuches zum Notstandsproblem; siehe darüber weiter unten.

[16]) Vgl. z. B. Binding, I, 769; v. Liszt, Lehrbuch, 21./22. Aufl., § 34.

[17]) Richtig z. B. Allfeld, S. 134; Olshausen, 10. Aufl., § 52 N. 14.

[18]) u. a. Allfeld, S. 131; van Calker, Grundriß des Strafrechts, 1916, S. 27; v. Hippel, ZStW. 42/419; Hold von Ferneck, Die Rechtswidrigkeit II, 144; Kohler, Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, 8, 411 ff.; v. Liszt, Lehrbuch, 21./22. Aufl. § 34; Stammler, Die strafrechtliche Bedeutung des Notstandes, 1878, S. 79; Wachenfeld, Lehrbuch, S. 122.

im Notstande befinden und sich somit straflos verteidigen dürfen[19]) so ergeben sich doch in einzelnen Fällen Unzuträglichkeiten, die vermieden werden können, wenn man sich nicht auf den Begriff des Notrechtes versteift.

Es sei in diesem Zusammenhang an den bei *Frank*[20]) erwähnten Fall erinnert: Der Vater bedroht die uneheliche Mutter mit dem Tode, wenn sie nicht sofort das uneheliche Kind töte. Ein Dritter, der den Vorgang beobachtet, könnte diese Tat durch Verletzung der Mutter noch verhindern.

Die das Kind rettende Handlung ist ihm indes verboten. Denn, da es sich bei der Notstandshandlung der Mutter um ein rechtmäßiges Beginnen handelt, so kann eine Berufung des Dritten auf Notwehr keinen Erfolg haben; auch der Notstandsparagraph schützt ihn nicht, denn er erlaubt die Nothilfe nur, wenn ein Angehöriger des Täters in Gefahr ist.

Eine zweite Ansicht hält die Notstandshandlung für rechtswidrig und den Notstand, der ihre Straflosigkeit bewirkt, für einen persönlichen Strafausschließungsgrund[21]).

Mit einer solchen Stellungnahme verzichtet man darauf, das Wesen des Notstandes zu ergründen; denn erklärt werden soll ja gerade, warum im Falle des Notstandes die Bestrafung des Täters ausgeschlossen ist.

Diese Frage kann aber für den strafrechtlichen Notstand nur folgendermaßen beantwortet werden:

Dem Rechte ist der eigenmächtige Eingriff in fremde Interessen im höchsten Maße unerwünscht. In der Mehrzahl der Fälle sieht es sich veranlaßt, solche Eingriffe strafrechtlich zu ahnden.

Diesen strengen aber gerechten Standpunkt muß es indes dort verlassen, wo die strafbare Interessenverletzung nicht einem verbrecherischen Motiv sondern der Angst des Täters um seine körperliche Integrität oder um sein Leben entspringt.

Die Todesangst ist etwas so allgemein Menschliches, daß wir nicht umhin können, sie bei der Beurteilung der aus ihr resultierenden strafbaren Handlung zu berücksichtigen.

Wir müssen uns eingestehen, daß in der gleichen Lage voraussichtlich ein jeder von uns wie der Täter gehandelt haben würde, und darum sind wir geneigt, seine Handlung vom allgemein menschlichen Standpunkt aus zu entschuldigen.

So tut es auch das Gesetz. Der Gesetzgeber hat nicht die geringste Veranlassung, den strafrechtlichen Notstand, der ja die

---

[19]) Vgl. Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit II 1, 1905, S. 146 ff.

[20]) 18. Aufl., S. 156/157.

[21]) Vgl. Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, I. 421, 428; Hubernagel, Ger. S. 91, S. 300 ff.; Würzburger, Das Recht des strafrechtlichen Notstandes, S. 58; vgl. auch F. K. Neubecker, Zwang und Notstand usw. I, 1910, S. 107 ff.

schwerste Interessenverletzung tragen soll, zum Notrechte zu stempeln; aber er betrachtet ihn als einen Entschuldigungsgrund für den Täter, der nur infolge seiner subjektiven Not zum Gesetzesverletzer geworden ist[22]).

Die Notstandshandlung selbst ist demgemäß keine rechtmäßige Handlung; sie wird nur entschuldigt. Ihre Vornahme ist dem Täter unverboten, weil die gesetzlichen Verbote im Falle höchster Gefahr für die Erhaltung der Person versagen müssen[23]).

Nur aus dem subjektiven Standpunkt des Gesetzes ist auch die Beschränkung der Nothilfe auf die Angehörigen des Täters zu erklären, deren Gefahr der Täter regelmäßig wie eigene empfindet.

Zu prüfen bleibt, welche Stellung das Reichsgericht zu den eben näher entwickelten Ansichten über das Wesen des Notstandes eingenommen hat.

Das Reichsgericht hat jedenfalls in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, daß der Notstand nur den Charakter eines persönlichen Strafausschließungsgrundes habe, abgelehnt.

Diese Stellungnahme ergibt sich zunächst aus all den Entscheidungen, in welchen die strafausschließende Möglichkeit eines Putativnotstandes anerkannt wird[24]).

Die Anerkennung dieser Möglichkeit setzt zwingend voraus, daß man den Notstand nicht als einen bloß persönlichen Strafausschließungsgrund betrachtet, denn der Irrtum über das Bestehen eines solchen könnte niemals strafausschließende Wirkung haben.

In Rg. 31/395 ist eine Verurteilung des Nötigers nach § 52 wegen Anstiftung oder Beihilfe für unmöglich erklärt worden. Die akzessorische Natur der Teilnahme stehe der Verurteilung des Nötigers entgegen. Auch diese Entscheidung setzt voraus, daß man den Notstand nicht lediglich als einen persönlichen Strafausschließungsgrund begreift.

Zu der Frage, ob man den Notstand, sofern er mehr als ein persönlicher Strafausschließungsgrund ist, als Rechtfertigungs- oder nur als Entschuldigungsgrund aufzufassen habe, hat das Reichsgericht lange nur sehr zaghaft Stellung genommen.

---

[22]) Als Entschuldigungsgrund wird der strafrechtliche Notstand ferner betrachtet von Auer, Der strafrechtliche Notstand, 1903, 9. 16; Graf Dohna, Die Rechtswidrigkeit, 1905, 127; Frank, Aufbau d. Schuldbegriffs, 1907, 13; J. Goldschmidt, Der Notstand, 1913, 45 ff.; Hegler, ZStW. 36/214; v. Liszt-Schm., Lehrbuch, § 42; R. Merkel, Die Kollision rechtmäßiger Interessen, 1895, 20 ff.; Mezger, Ger. S. 89/313.

[23]) Als unverboten sehen die Notstandshandlung ferner an: Binding, a. a. O.; Georg Bauer, Der strafrechtliche Notstand usw., 1902, S. 51; Baumgarten, Notstand und Notwehr, S. 24/25, 49, 52 ff.; Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit II, 121, 144; Oetker, VDA. II, 334.

[24]) Vgl. RG. 36, 334, 340; 41/214, 216; 43/342, 343/4; 63/18; RG. in Goltd. Arch. 62/149 und die in RG. 57/268 angef. Entscheidungen.

In RG. 57/268 wird die Frage ausdrücklich offen gelassen, der Notstand aber „auf jeden Fall als ein schuldbefreiender Umstand" erklärt.

Eine ähnliche unklare Stellungnahme findet sich in RG. 60/88, wonach der strafrechtliche Notstand ein Rechtfertigungs- oder (!) Schuldausschließungsgrund sein soll. (Vgl. auch S. 91 daselbst.)

Die erforderliche Klarheit bringt erst die noch in anderer Beziehung berühmt gewordene Entscheidung RG. 61/242, in der zweifelsfrei und richtig der Notstand der vorliegenden Stelle als ein der subjektiven Not des Täters Rechnung tragender Entschuldigungsgrund begriffen wird. (Vgl. insbesondere S. 249, 252.)

An dieser Auffassung hat das Reichsgericht bisher festgehalten. (Vgl. RG. 64/30.)

§ 3. Der Notstand des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Während das Strafrecht, wie die bisherigen Darlegungen gezeigt haben, einen subjektiven Standpunkt zum Notstandsproblem einnimmt, steht das Bürgerliche Recht im Gegensatz dazu auf objektivem Boden.

Diese verschiedene Stellungnahme findet ihren Grund in den verschiedenen Aufgaben, welche die beiden Rechtsgebiete zu erfüllen haben.

Das Strafrecht hat zu prüfen, welcher Einfluß der Not auf die Strafbarkeit des Täters einzuräumen ist.

Diese Prüfung hat vorwiegend die in der Person des Täters liegenden Momente zu berücksichtigen, sie kann also vorwiegend nur unter subjektiven Gesichtspunkten erfolgen.

Für das Bürgerliche Recht handelt es sich darum, die Rechtsbeziehungen zwischen den an der Kollision beteiligten Interessenträgern zu bestimmen.

Nur strengste Objektivität kann einer solchen Aufgabe gerecht werden.

Die Notstandsbestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches sind die §§ 228 und 904.

§ 228 lautet: „Wer eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, um eine durch sie drohende Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht widerrechtlich, wenn die Beschädigung oder die Zerstörung zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist, und der Schaden nicht außer Verhältnis zu der Gefahr steht. Hat der Handelnde die Gefahr verschuldet, so ist er zum Schadensersatze verpflichtet."

§ 904 bestimmt: „Der Eigentümer einer Sache ist nicht berechtigt, die Einwirkung eines anderen auf die Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Ein-

wirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist. Der Eigentümer kann Ersatz des ihm entstehenden Schadens verlangen."

In den beiden angeführten Bestimmungen ist zur Bezeichnung der Situation der technische Ausdruck Notstand nicht gebraucht; trotzdem kann es keinem Zweifel unterliegen, daß in ihnen zwei typische Notstandsfälle ihre gesetzliche Regelung gefunden haben.

Der Notstand des Bürgerlichen Gesetzbuches ist eine Rechtsgüterkollision, und zwar eine solche, bei der auf seiten des Bedrohten jedes beliebige Rechtsgut, auf der Gegenseite nur das Rechtsgut des Eigentums beteiligt sein kann.

§ 904 gestattet im Falle drohender Gefahr den Eingriff in fremdes Eigentum nur bedingt.

Nur dann ist die Einwirkung auf das fremde Eigentum zulässig, wenn der dem Bedrohten bei ihrer Unterlassung entstehende Schaden ganz erheblich größer ist als der dem Sacheigentümer durch die Vornahme der Notstandshandlung erwachsende.

§ 904 ist also in all den Fällen nicht anwendbar, in welchen der dem im Notstande Befindlichen drohende Schaden kleiner, gleich groß oder nur etwas größer ist als der für den Kollisionsgegner zu erwartende.

Wenn aber die Voraussetzungen des § 904 vorliegen, dann ist der Eigentümer der zur Rettung aus der Gefahr dienenden Sache nicht berechtigt, die Einwirkung des Bedrohten auf die Sache zu verbieten.

Allgemein wird dieser Satz umgekehrt und die Behauptung aufgestellt, daß der Bedrohte ein Recht zur Vornahme der Notstandshandlung habe.

Ein Recht im subjektiven Sinne, und nur um ein solches könnte es sich ja handeln, ist aber die durch § 904 dem Bedrohten gewährte Befugnis nicht.

Sie ist unmöglich mit den Regeln über die subjektiven Privatrechte in Einklang zu bringen[25]).

Wie aus der Überschrift des entsprechenden Abschnittes des Bürgerlichen Gesetzbuches „Inhalt des Eigentums" hervorgeht, haben seine Verfasser nicht daran gedacht, in § 904 ein Notrecht zu statuieren. Durch diese Vorschrift sollte nur der an sich unbegrenzte Eigentumsbegriff zugunsten fremder, größerer Interessen beschränkt werden. § 904 enthält also kein Notrecht sondern nur eine Eigentumsbeschränkung.

Die Notstandshandlung selbst ist für rechtmäßig zu halten; denn ihr steht nicht das subjektive Recht eines anderen (das ja in-

---

[25]) Vgl. dazu Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I, 1, 1926, S. 622 Anm. 3; desgl. § 65 I 2.

soweit beschränkt ist) entgegen, und sie steht mit der Rechtsordnung, welche sie gestattet, in Einklang.

Die Folge dieser Rechtmäßigkeit ist die unbeschränkte Zulassung der Nothilfe; diese kann also nicht nur von den Angehörigen des Bedrohten sondern von jedermann geleistet werden.

Das Strafgesetzbuch läßt die Berufung auf Notstand nur zu, wenn die gefahrdrohende Situation ohne ein Verschulden des Täters entstanden ist.

Im Falle des § 904 berührt eine Notstandsverschuldung die Zulässigkeit und die Rechtmäßigkeit der Notstandshandlung nicht[26]).

Einen besonders gelagerten Notstandsfall enthält § 228.

Die Notstandsgefahr wird hier gerade durch das Rechtsgut hervorgerufen, gegen welches die Notstandshandlung sich richten soll. Der Eingriff in dieses Rechtsgut ist nicht, wie bei den Notstandssituationen sonst, ein Eingriff in eine fremde, neutrale Rechtssphäre.

Der Eigentümer der gefahrdrohenden Sache ist an dem Konflikt sogar in hohem Maße beteiligt, denn es ist seine Sache, welche in erster Linie die Kollision zum Entstehen brachte.

Der Fall des § 228 bildet ein Analogon zur Notwehr; die gefährdende Sache kann als angreifend gedacht werden. Der Unterschied zwischen der Notwehr und dem Notstand des § 228 besteht also nur darin, daß hier eine Sache, dort ein Mensch der Angreifer ist.

Diese Ähnlichkeit der beiden Fälle bedingt eine gleichartige Behandlung.

Wie bei der Notwehr zur Abwehr des Angriffs die schwerste Interessenverletzung statthaft ist, selbst dann, wenn dem Angegriffenen nur ein geringer Schaden droht, so kann auch im Falle des § 228 die gefahrdrohende Sache zerstört werden, ohne daß die strenge Abwägung der entstehenden Schäden wie in § 904 stattfindet.

Nur die Einschränkung ist gemacht, daß der dem Täter drohende Schaden gegenüber dem dem Sacheigentümer erwachsenen nicht unverhältnismäßig gering sein durfte.

Auch die Vorschrift des § 228 gewährt dem Bedrohten kein subjektives (Not)-Recht.

Die Notstandshandlung selbst ist für rechtmäßig zu halten.

Notstandsverschuldung ist wie im Falle des § 904 auf die Beurteilung der Notstandshandlung ohne Einfluß, sie verpflichtet nur zum Schadensersatz.

---

[26]) So die allgemeine Meinung; a. A. Bauer, Der strafrechtliche Notstand usw., 1902, S. 47/48; über diese Frage siehe unten § 9, S. 57 f.

§ 4. Das Verhältnis der strafrechtlichen Regelung zur zivilrechtlichen und die Bedeutung der Notstandsbeschränkung in den §§ 52 Abs. 1, 54 StGB. und §§ 228, 904 BGB.

Die bisherigen Darlegungen haben die Verschiedenheiten zwischen dem zivilrechtlichen und dem strafrechtlichen Notstand aufgezeigt.

Es ereignen sich nun Fälle, welche sowohl die Merkmale des § 904 BGB. wie diejenigen des § 54 StGB. aufzuweisen haben (z. B. zur Rettung aus Lebensgefahr wird eine fremde Sache beschädigt oder zerstört).

Hier fragt es sich, welche gesetzliche Bestimmung der Entscheidung des Falles zugrunde zu legen ist, der § 54 StGB. oder die Notstandsbestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Eine unter § 904 BGB. fallende Notstandshandlung ist rechtmäßig. Dies allein genügt, um sie auch zu einer straflosen zu machen. Der Staat kann eine Handlung nicht mit Strafe belegen, die er an anderer Stelle mit der Rechtmäßigkeit und all ihren Folgen umgeben hat.

Für eine rechtmäßige Handlung bedarf es nicht erst eines strafrechtlichen Entschuldigungsgrundes. Wenn das Bürgerliche Recht, dessen typische Aufgabe es ist, die Rechtssphären der Einzelnen gegeneinander abzugrenzen, einen Eingriff in die fremde Interessensphäre für rechtmäßig erklärt, dann muß das Strafrecht mit seinen etwa entgegenstehenden Bestimmungen zessieren.

Eine Notstandshandlung, für welche rein äußerlich betrachtet sowohl die Anwendungsmöglichkeit des § 904 BGB. wie auch die des § 54 StGB. besteht, kann also nur der Beurteilung des Bürgerlichen Rechts unterworfen werden; strafbar ist sie keinesfalls.

Die Notstandsbestimmungen der deutschen Gesetzgebung sind, wie dies schon hervorgehoben worden ist, völlig ungenügend; sie behandeln nur einen kleinen Kreis all derjenigen Fälle, welche dem Gebiete des Notstandes zuzurechnen sind.

Es erhebt sich nun die für das Recht außerordentlich wichtige Frage, ob diese enge gesetzliche Fassung des Notstandsbegriffs eine absichtliche ist oder nicht.

M. a. W.: wollte der Gesetzgeber die Materie erschöpfend regeln, und hätten wir demgemäß die Strafbarkeit aller anderen Notstandshandlungen anzunehmen, oder hat der Gesetzgeber nur einzelne besonders häufig wiederkehrende Fälle regeln wollen, und ist im übrigen der Weg für eine sachgemäße und gerechte Behandlung der nicht ausdrücklich geregelten Kollisionsfälle frei?

Schon die Motive zum Strafgesetzbuch (E III § 52) deuten darauf hin, daß die Frage nur in dem letzterwähnten Sinne entschieden werden kann.

Die Motive bestimmen den Notstand als die Kollision zweier Rechte, und es wird für die Lösung der Kollision der Grundsatz aufgestellt, daß das geringere Recht dem höheren weichen müsse.

Von einer Beschränkung des Notstandes auf Gefahren für Leib oder Leben des Täters oder seiner Angehörigen, welche § 54 aufgenommen hat, ist in den Motiven keine Rede.

Maßgebender noch als die Motive ist aber das positive Recht, in dem sich weit mehr Notstands- oder notstandsähnliche Fälle geregelt finden als man zunächst vermutet.

So findet sich z. B. im Handelsgesetzbuch, §§ 700 ff., eine Vorschrift über die Haverei.

Befinden sich Schiff und Ladung in gemeinsamer Gefahr, so ist dem Schiffer zum Zwecke der Rettung nach § 706 HGB. insbesondere gestattet, Waren, Schiffsteile oder Schiffsgerätschaften über Bord zu werfen, Masten zu kappen, Taue oder Segel wegzuschneiden, ja evtl. sogar das Schiff auf den Strand zu setzen.

Dieser Fall der sogenannten großen Haverei ist ein typischer Fall des Notstandes. Es kollidiert Eigentum mit Eigentum, und es wird Eigentum durch Aufopferung von Eigentum erhalten. Dabei ist nach § 702 HGB. die Befugnis des Schiffers zum Eingriff in fremdes Eigentum nicht davon abhängig, daß dieser Notstand unverschuldet war.

Im Gesetz über das Postwesen des deutschen Reichs vom 28. Oktober 1871 § 17 ist bestimmt, daß die Posten, sofern die gewöhnlichen Postwege gar nicht oder schwer zu passieren sind, sich der Neben- und Feldwege sowie der ungehegten Wiesen und Äcker bedienen dürfen. Eine ähnliche Befugnis räumt § 9 Abs. 2 der Strandungsordnung dem Strandvogte ein.

Es unterliegt keinem Zweifel, daß uns auch in diesen Vorschriften wirkliche Notstandsfälle begegnen.

Grundsätzlich hat jedermann die Pflicht, bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not nach Kräften Hilfe zu leisten. Er hat die zu diesem Zwecke ergehenden polizeilichen Anordnungen zu befolgen; widrigenfalls wird er bestraft. Die Bestrafung tritt aber nicht ein, wenn die Hilfeleistung für den Betreffenden mit eigener erheblicher Gefahr verbunden ist und deshalb unterbleibt. § 360 Ziff. 10 StGB.

Das Militärstrafgesetzbuch bestimmt in § 130: „Als eine Plünderung ist es nicht anzusehen, wenn die Aneignung nur auf Lebensmittel, Heilmittel, Bekleidungsgegenstände, Feuerungsmittel, Fourage oder Transportmittel sich erstreckt und nicht außer Verhältnis zu dem vorhandenen Bedürfnisse steht."

Notstandsähnliche Fälle finden wir in den §§ 148, 157, 313 II StGB. Es kollidieren in ihnen Interessen des Täters mit einem öffentlichen Interesse. Sind die Notstandshandlungen mit Rücksicht auf

das stark überwiegende öffentliche Interesse auch nicht völlig straflos gelassen worden, so bewirkt das Vorliegen einer Not doch eine erhebliche Strafminderung.

Diese Beispiele mögen genügen, um aufzuzeigen, daß der Gesetzgeber bei der Aufstellung der Hauptnotstandsbestimmungen nicht daran gedacht hat, die weite Notstandsmaterie erschöpfend zu regeln.

Daraus folgt, daß der Rechtsprechung keinerlei Grenzen gezogen sind, wenn Notstandsfälle zur Entscheidung an sie gelangen, welche im positiven Recht keine Regelung erfahren haben.

Wie derartige Fälle zu behandeln sind, ist im folgenden darzutun.

Drittes Kapitel.

Der sogenannte übergesetzliche Notstand.

§ 5. Begriff.

Die Bezeichnung „übergesetzlicher Notstand" stammt aus der Reichsgerichtsentscheidung RG. 62/137, nachdem der Begriff selbst in RG. 61/242 genau erläutert worden ist.

Die Veranlassung dazu, daß sich das Reichsgericht an dieser Stelle so ausführlich wie nie zuvor mit dem Notstandsproblem auseinandersetzte, war die zur Entscheidung stehende Frage, ob sich der Arzt strafbar mache, welcher eine medizinisch indizierte Schwangerschaftsunterbrechung bei einer nicht zu seinen Angehörigen zählenden Frauensperson vornimmt.

Der Fall der Schwangerschaftsunterbrechung auf Grund medizinischer Indikation gehört zweifellos dem Gebiete des Notstandes an. Es kollidieren das Leben der Schwangeren, welches nur durch die Abtreibung oder Perforation gerettet werden kann, und das rechtlich geschützte Rechtsgut der Leibesfrucht.

Bei diesem Notstandsfall wurden in der Praxis die engen Grenzen der gesetzlichen Notstandsregelung besonders deutlich fühlbar.

Zwar um die Schwangere brauchte man nicht zu sorgen; sie befindet sich in einer Gefahr für Leib oder Leben, und eine solche deckt nach § 54 StGB. jede strafbare Handlung.

Anders liegt der Fall aber bei dem zugezogenen Arzt, der, was die Regel, nicht zu den Angehörigen der Schwangeren zählt. Ihm ist die Berufung auf den Entschuldigungsgrund des § 54 versagt, denn dieser erklärt nur die Angehörigen des Täters gleich diesem für straflos.

Da aber eine Bestrafung des Arztes nicht nur im höchsten Maße unbillig sondern auch gefährlich ist insofern, als bei einem Nichteintritt der ärztlichen Tätigkeit wertvolle Menschenleben zugrunde gehen, so hat es nicht an Versuchen gefehlt, die praktisch fast immer geübte Straflosbelassung des behandelnden Arztes rechtlich zu begründen.

Man rechtfertigte die ärztliche Tätigkeit durch Berufung auf den Heilzweck; man konstruierte ein besonderes ärztliches Berufsrecht, oder man stellte die Straflosigkeit des Arztes auf die Einwilligung der Schwangeren ab.

Keines dieser Argumente ist durchschlagend; jedoch kann der Beweis dafür an dieser Stelle nicht erbracht werden[27]).

Das Bedeutungsvolle der Reichsgerichtsentscheidung RG. 61/242 liegt darin, daß sie trotz des entgegenstehenden Wortlautes des § 54 StGB. die Straflosigkeit des Arztes aus einer Notstandslage heraus zu begründen sucht.

Während die Stellungnahme des Reichsgerichts zu der Frage, ob der strafrechtliche Notstand ein Rechtfertigungs- oder nur ein Entschuldigungsgrund sei, niemals vorher recht eindeutig war, wird in RG. 61/242 der Notstand des § 54 als ein Entschuldigungsgrund bestimmt.

Das Reichsgericht zieht nun daraus die richtige Folgerung:

Ist der § 54 nur ein Entschuldigungsgrund, so muß — es sei uns dies zu sagen verstattet — auch ein Grund vorhanden sein, die Handlung des Täters zu entschuldigen; m. a. W., seine Tat muß sich sonst in jeder Beziehung als eine rechtswidrige und strafbare darstellen.

Vor der Anwendung des § 54 bedarf es also in jedem Falle einer genauen Prüfung, ob die unter seinen Wortlaut fallende Handlung nicht etwa aus einem außerstrafrechtlichen Grunde des Charakters der Rechtswidrigkeit entbehrt.

Ergibt sich aus einem geschriebenen oder ungeschriebenen Rechtssatze, daß der Handlung des Täters das Prädikat rechtmäßig zukommt, so kann die entschuldigende Notstandsbestimmung des Strafrechts logisch überhaupt nicht zur Anwendung kommen.

Wir haben diese Frage bei der Betrachtung des Verhältnisses von Bürgerlichem Recht und Strafrecht schon in gleichem Sinne entschieden.

Bei der Suche nach einem Rechtfertigungsgrunde für die Handlung des Arztes kommt das Reichsgericht zu folgendem Ergebnis:

Im Falle einer Rechtsgüterkollision ist die Erhaltung des wertvolleren Rechtsgutes auf Kosten des minderwertigen rechtmäßig. (RG, 61/254.)

Diese Sachlage, also die Kollision zweier verschiedenwertiger Rechtsgüter wird in der Entscheidung RG. 62/137 als sogenannter

---

[27]) An Literatur seien genannt: van Calker, Frauenheilkunde und Strafrecht, 1908; Heimberger, Über die Straflosigkeit der Perforation, 1889; Dt. Med. Wochenschrift, 1910, Nr. 1; Janka, Der strafrechtliche Notstand, 1878, 262; Radbruch, Geburtshilfe und Strafrecht, 1907; VDB. V, 159 ff.; Sippel, Über die Berechtigung der Vernichtung des kindlichen Lebens zur Rettung der Mutter, 1902; Wessely, Die Befugnisse des Notstandes und der Notwehr, 1862, 28 ff.

„übergesetzlicher Notstand" bezeichnet. Dieser übergesetzliche Notstand ist ein Rechtfertigungsgrund dann, wenn der Täter nach pflichtmäßigem Ermessen festgestellt hat, daß die Kollision nicht anders zu lösen war als durch die Vernichtung des minderwertvollen Rechtsgutes[28]).

Die hohe Bedeutung der beiden Reichsgerichtsentscheidungen RG. 61/242 und 62/137 liegt darin, daß der höchste Gerichtshof nunmehr erkannt hat, wie wenig die gesetzlichen Notstandsbestimmungen den Anforderungen des Lebens genügen, und daß man sie in sachgemäßer Weise zu ergänzen befugt ist.

Der Begriff des reichsgerichtlichen übergesetzlichen Notstandes selbst ist allerdings zu eng und enthält Momente und Bedingungen, mit welchen der Notstandsbegriff nicht belastet werden darf. (Siehe darüber später.)

Am richtigsten bezeichnet man mit „übergesetzlichem Notstand" alle diejenigen Fälle, für welche die auf S. 11 gegebene Notstandsbestimmung zutrifft, und welche bei der gesetzlichen Regelung des Notstandes unberücksichtigt geblieben sind.

In diesem Sinne soll in Zukunft von übergesetzlichem Notstand die Rede sein.

Es sei nochmals betont, daß dieser Begriff sich nicht völlig mit dem reichsgerichtlichen deckt sondern weiter ist als er.

§ 6. Die rechtliche Behandlung. Das Prinzip des überwiegenden Interesses.

Der Notstand ist nicht nur für das Strafrecht sondern auch für das Zivilrecht bedeutsam.

Er ist nicht nur ein Problem der Schuld sondern auch ein Problem der Rechtswidrigkeit.

Die Not kann je nach den Umständen einen bloß entschuldigenden oder einen rechtfertigenden Einfluß auf die Handlung des Täters ausüben.

Ist die Notstandshandlung rechtmäßig, so kann das Strafgesetz auf sie keine Anwendung finden; ist sie dagegen rechtswidrig, dann ist sie nur straffrei, wenn sie durch die strafrechtlichen Bestimmungen entschuldigt wird.

Dies ist die Grundregel für die Behandlung aller Notstandsfälle, der gesetzlichen und der übergesetzlichen.

Bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit der Notstandshandlung sind wir nicht auf die Bestimmungen des gesetzten Rechts beschränkt.

Gerade bei den übergesetzlichen Notstandsfällen ergibt sich die Rechtmäßigkeit oder die Rechtswidrigkeit der Notstandshandlung in der Regel aus Sätzen des ungeschriebenen Rechts.

[28]) Eine ausführliche Kritik der beiden zitierten Reichsgerichtsentscheidungen findet sich bei Eberh. Schmidt, ZStW. 49/350 ff.

Über die Frage, wie dieser ungeschriebene Rechtssatz, welcher die Notstandshandlung zu rechtfertigen vermag, zu lauten habe, ist man sich keineswegs einig.

Einige finden ihn in der These: „Eingriffe in rechtlich geschützte Interessen, welche sich als ein angemessenes Mittel zur Erreichung eines staatlich anerkannten Zwecks darstellen, sind nicht rechtswidrig[29])."

Dieser Satz ist in seiner Allgemeinheit falsch; er ist nur wenig besser als der berüchtigte Ausspruch: „Der Zweck heiligt die Mittel."

Außerdem gebietet die Rechtssicherheit die Zulassung nur fest umrissener Rechtfertigungsgründe[30]).

Eine andere Richtung sucht den ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund für die Notstandshandlung dadurch zu finden, daß sie eine Abwägung der beiden kollidierenden Interessen vornimmt.

Die ersten Ansätze zu dieser Lehre finden sich bei *Hälschner*[31]); ein weiterer Ausbau derselben ist in den Schriften von *Stammler* und *Binding* enthalten[32]).

Am ausführlichsten ist die Frage bei *Rudolf Merkel* behandelt[33]).

Nach *Merkel* ist der Notstand die Kollision rechtmäßiger Interessen, mit welcher sich die subjektive oder objektive Nötigung zur Verletzung eines der beiden Interessen verbinden muß.

Die objektive Nötigung zur Verletzung des einen Interesses ist die Folge eines überragenden Wertes des anderen Interesses.

Notstandshandlungen, welche unter dem Drucke dieser objektiven Not geschehen, bei denen also das wertvollere Interesse auf Kosten des minderwertvollen erhalten wird, sind nach *Merkel,* da sie dem Gesamtinteresse entsprechen, rechtmäßig und unterliegen somit nicht der Beurteilung des Strafgesetzes.

Diese Idee, die beiden entgegenstehenden Interessen objektiv gegeneinander abzuwägen und die Rechtmäßigkeit der Verletzungs-

---

[29]) So z. B. Baumgarten, Notstand und Notwehr, 1911, S. 61 ff.; Graf Dohna, Die Rechtswidrigkeit, 1905; derselbe, Recht und Irrtum, 1925, S. 14; v. Liszt, § 35; Manigk, Savigny und der Modernismus im Recht, 1914; derselbe, „Interessenjurisprudenz" im Handwörterbuch d. Rechtswissenschaft III, 1928, S. 309 ff.; E. Schmidt, ZStW. 49, S. 370 ff.

[30]) Gegen diese sogenannte Zwecktheorie auch Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 141; v. Bar, Gesetz und Schuld, III, 3; H. A. Fischer, Die Rechtswidrigkeit, 1911, S. 110 ff.; Frank, S. 140; Hegler, ZStW. 36, S. 38; Heimberger, VDA. IV, 4. u 12; Hofacker, Rechtswidrigkeit und Kriegsverbrechen, 1921; Klee, Goltd. Arch. 69, 162 ff.; Kohlrausch, ZStW. 25, 661; Löffler, VDB. V, S. 246; Sauer, Grundlagen des Strafrechts, 1921, S. 392 ff.

[31]) Das Preußische Strafrecht, 1858, II. Teil, 271.

[32]) Stammler, Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Notstandes, 1878, S. 74; Binding, Handbuch des Strafrechts, S. 754 ff.

[33]) Rudolf Merkel, Die Kollision rechtmäßiger Interessen, 1895.

handlung dadurch zu bestimmen, daß das wertvollere Interesse auf Kosten des minderwertvollen erhalten wird, enthält einen richtigen Grundgedanken.

Merkel und seine Anhänger, welche sich bald zahlreich einfanden, gehen aber entschieden zu weit, wenn sie den Satz aufstellen, die Erhaltung des höherwertigen Interesses entspreche auch dem Gesamtinteresse, und daher sei die diesem Zwecke dienende Notstandshandlung rechtmäßig.

Die Allgemeinheit hat regelmäßig gar kein Interesse daran, daß der Reichtum des Einzelnen erhalten bleibt (vgl. § 903 BGB.); wohl aber hat sie das allergrößte Interesse an einer Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens.

Gerade die Berufung auf das Gesamtinteresse muß zu einer wesentlichen Einschränkung der Kollisionstheorie führen; denn eben in diesem Interesse geht es nicht an, daß man einen drohenden Schaden auf einen anderen abwälzen darf und quasi zur Belohnung dafür auch noch das Werturteil erfährt, daß man rechtmäßig gehandelt habe.

Nur wo ein ganz auffallendes Mißverhältnis zwischen den beiden kollidierenden Interessen besteht, so daß die Weigerung des einen Teils, sein Interesse dem überwiegenden Interesse des anderen Teils zu opfern, allgemein als unbillig empfunden wird, ja schärfster Mißbilligung begegnet, nur dort kann der eigenmächtige Eingriff in eine fremde Rechtssphäre gerechtfertigt werden.

Allein mit dieser Modifikation ist die Kollisionstheorie einer Anwendung überhaupt fähig.

Ähnliche Zweifel an der Verwendungsmöglichkeit seiner reinen Kollisionstheorie mögen schon *Merkel* gekommen sein, wenn er an einer Stelle ausführt: „Das überwiegende Interesse darf nicht ins Grenzenlose vertreten werden, da sonst sich sofort wieder ein Mißverhältnis zwischen dem Wert des geopferten und des geretteten Gutes ergeben würde[34])[35])."

Maßvoll angewendet aber ist die Kollisionstheorie das einzige Mittel, um die Rechtmäßigkeit einer Notstandshandlung feststellen zu können.

Nur die objektive Abwägung der drei beteiligten Interessen, nämlich der beiden in der Kollision selbst befindlichen und des

[34]) Merkel, Kollision, S. 79.

[35]) Ähnlich wie der Verfasser modifizieren die Kollisionstheorie: Oetker, VDA. II, S. 330 ff.; teilweise Baumgarten, Notstand und Notwehr, 1911, S. 57 ff., insbesondere 65; v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. III, 1909, S. 248/62; August Köhler, Der Notstand im künftigen Strafrecht, 1926, S. 17 ff.; Mauczka, Der Rechtsgrund des Schadenersatzes, 1904, 39 ff.; derselbe, Die Anwendung der Theorie der Interessenkollision auf die „angeborenen Rechte" in Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, 1911, II, S. 229 ff.; Hegler in ZStW. 36, S. 29; Sauer, Grundlagen des Strafrechts, 1921, S. 273 ff.

staatlichen Interesses an der Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens kann den Maßstab dafür abgeben, ob eine Notstandshandlung rechtmäßig, nicht bloß entschuldigt sei.

Der Täter soll, wenn die Situation derart ist, daß bestimmt ein Übel eintritt, entweder das eine oder das andere, dafür sorgen, daß vom Standpunkt der Allgemeinheit gesehen das kleinere Übel eintritt; tut er dies, dann handelt er menschlich vernünftig, juristisch rechtmäßig.

Daß die Anwendung dieses Prinzips in der Praxis auf Schwierigkeiten stoßen kann, soll nicht geleugnet werden; denn die Abschätzung der Interessen ist schwer, für den Laien ist sie oft unmöglich.

Aber diese Schwierigkeiten dürfen nicht dazu führen, das ganze durchaus gesunde und jedes vernünftige menschliche Handeln beherrschende Prinzip überhaupt zu verwerfen. Der Schwierigkeiten gilt es Herr zu werden, nicht sie zu umgehen.

§ 7. Die Pflichtenkollision.

Unter dem Gesichtspunkt des Notstandes ist die Pflichtenkollision zuerst von *Binding* (Strafrecht 1/1885, S. 754 ff.) betrachtet worden.

Diese Stellung der Pflichtenkollision im System hat seitdem viele Anfeindungen erfahren, jedoch ist nirgends schlagend nachgewiesen, daß solche Kollisionen ihrer Natur nach unmöglich unter den Notstandsbegriff zu subsumieren sind.

Diesen Beweis glaubt neuerdings *v. Weber*[36]) erbracht zu haben.

Im Falle einer Rechtsgüterkollision, im eigentlichen Notstande, sei nur dasjenige Rechtsgut geschützt, in welches eingegriffen werden müßte, um das gefahrbedrohte Rechtsgut zu retten. Unverboten sei die Untätigkeit, die zur Vernichtung des einen Gutes führe. Der Rechtsgüterkollision entspreche daher nicht auch gleichzeitig eine Rechtsnormenkollision.

Dies sei aber im Gegensatz dazu bei der Pflichtenkollision der Fall, und nur hier bestehe daher für den Verpflichteten eine logische Unmöglichkeit, den Anforderungen der Rechtsordnung Genüge zu leisten.

Man kann den von *v. Weber* zwischen den zwei Kollisionen gemachten Unterschied auch so ausdrücken:

Die Rechtsgüterkollision bewirkt subjektive, die Pflichtenkollision objektive Unmöglichkeit zur Innehaltung der Rechtsordnung.

Diese Argumentation ist geeignet, Zweifel zu erwecken, ob die Pflichtenkollision wirklich zum Notstande zu zählen ist. Denn wenn die behauptete Tatsache wahr ist, so würde allerdings zwischen

[36]) v. Weber, Das Notstandsproblem usw., 1925, S. 3.

dem Notstande und der Pflichtenkollision ein wesentlicher Unterschied bestehen.

In Wahrheit sind aber die Grenzen flüssig; auch eine Pflichtenkollision kann, wie der in RG. 36/78 behandelte Fall beweist, lediglich eine subjektive Unmöglichkeit zur Folge haben, die rechtlichen Gebote zu erfüllen.

Freilich setzt diese Behauptung voraus, daß man nicht nur eine Kollision reiner Rechtspflichten für rechtlich beachtlich ansieht, sondern auch einer Kollision zwischen einer Rechts- und einer mehr dem Gebiete der Ethik angehörenden Pflicht dasselbe Privileg einräumt.

Bei Lösung der Pflichtenkollision ist nach dem auf S. 29 angegebenen Prinzip zu verfahren. Die Wahl des kleineren Übels ist das Gebot der Rechtsordnung. Das kleinere Übel kann aber bei unterschiedlicher Wichtigkeit der beiden Pflichten nur darin bestehen, daß der Verpflichtete die höhere Pflicht erfüllt und dafür die Erfüllung der minder wichtigen unterläßt.

Sind die Pflichten von gleichem Wert, so ist mit der Erfüllung einer, gleich welcher, den Geboten der Rechtsordnung Genüge geschehen.

So einfach wie dieser Satz uns theoretisch entgegentritt, ist er freilich in der Praxis nicht anzuwenden.

Seine Anwendung setzt ja die Wertung der beiden sich gegenüberstehenden Pflichten voraus, und diese Wertung ist oft selbst für den Juristen schwierig, für den Laien kann sie geradezu unmöglich werden, zumal wenn sie das Werk eines Augenblicks sein muß.

Jeder Pflicht korrespondiert ein Interesse, zu dessen Wahrung sie aufgestellt ist. Interesse und Pflicht sind daher kongruent. So kann der Wert einer Pflicht nur am Wert des ihr zugrundeliegenden Interesses gemessen werden.

Kollidiert eine im öffentlichen Interesse statuierte Pflicht mit einer solchen, deren Aufstellung durch ein privates Interesse geboten war, so wird regelmäßig die erstere der letzteren vorgehen.

Doch gilt dies nicht unbedingt. Der Einzelfall kann eine andere Beurteilung der Sachlage rechtfertigen.

Und auf den konkreten Einzelfall kommt es in erster Linie an; nur er vermag mit hinreichender Deutlichkeit all die wesentlichen Merkmale aufzuzeigen, nach denen die Bewertung der gegenüberstehenden Pflichten vorzunehmen ist, namentlich dann, wenn sie beide das Einzelinteresse schützen sollten.

Also kein starres Schema, kein Formalismus, sondern individuelle Entscheidung bei der Abwägung zweier Pflichten!

Wenn der Verpflichtete die Kollision in der angegebenen Weise löst, so ist sein Handeln rechtmäßig. Denn die Gebote der Rechts-

ordnung sind vernünftig; sie verlangen das höchst erreichbare Mögliche, nicht mehr, nicht weniger.

Traf der Verpflichtete eine falsche Wahl, so ist seine Handlung rechtswidrig. Strafbar ist er aber nur, wenn sein Mißgriff ein unentschuldbarer ist.

Mit dem Begriff der Pflichtenkollision und ihrer Subsumierung unter den Notstand lassen sich unbedenklich verschiedene Fälle lösen, deren Beurteilung in Wissenschaft und Praxis immer wieder auf Schwierigkeiten stößt.

So besteht vielfach Unklarheit über die den Ärzten durch § 300 StGB. auferlegte Pflicht, über alles, was ihnen in Ausübung ihres Berufes anvertraut ist, Stillschweigen zu beobachten.

Diese Schweigepflicht wird vielfach, namentlich von den Ärzten selbst, als eine unbedingte, absolute angesehen.

Man kann immer wieder den Fall beobachten, daß die Ärzte sich weigern, Auskunft über den Zustand eines Kranken zu geben, selbst dann, wenn ein berechtigtes Interesse des Fragenden offenbar ist.

In diesem Verhalten werden sie oft noch von Juristen unterstützt[37]).

Hierin liegt aber eine grobe Verkennung der Tatsache, daß die ärztliche Schweigepflicht, wie jede andere, in Kollision mit einer höheren Pflicht geraten kann, welche eine vorzugsweise Erfüllung fordert.

Die höchste dem Arzte auferlegte abstrakte Pflicht ist die Pflicht zur gewissenhaften Berufsausübung. (Vgl. Preuß. Gesetz betr. die ärztlichen Ehrengerichte vom 25. November 1899.)

Verträgt sich mit dieser Pflicht die in § 300 statuierte Schweigepflicht nicht, so muß die letztere unter allen Umständen zurücktreten.

Eine gewissenhafte Berufsausübung erfordert aber nicht nur, daß der Arzt den ihn aufsuchenden Patienten zweckmäßig behandele, sondern er hat auch die Aufgabe zu verhüten, daß eine ansteckende Krankheit, mit welcher dieser behaftet ist, auf andere Personen übertragen wird.

Zur Verhütung einer solchen Übertragung wird es vielfach unerläßlich sein, daß der Arzt diejenigen Personen, welche ihm bekannt sind, und von denen er mit Bestimmtheit weiß, daß sie durch ihren Umgang mit dem Kranken einer erhöhten Ansteckungsgefahr ausgesetzt sind, vor dieser Gefahr warnt, also seine Schweigepflicht verletzt.

Nach den allgemeinen Ausführungen über die Pflichtenkollision kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Arzt gegebenen Falles

---

[37]) Vgl. z. B. Pallaske, Deutsche Juristenzeitung, 1911, S. 293; Sauter, Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz, 1910, S. 247 ff.

zu einem Bruch der Schweigepflicht nicht nur berechtigt sondern geradezu verpflichtet ist.

Die Nichtbeachtung der höheren Warnungspflicht kann ihm eine berechtigte Anklage wegen fahrlässiger Tötung oder Körperverletzung zuziehen[38]).

Außer den Ärzten ist noch anderen Personen von der Rechtsordnung eine Schweigepflicht auferlegt worden. (Vgl. die Aufstellung in § 300 StGB.; ferner Reichsbeamtengesetz §§ 11, 12.)

Aber nirgends ist diese Schweigepflicht eine absolute; sie findet ihre Begrenzung in einer ihr gegenübertretenden höheren Pflicht, die vorzugsweise erfüllt werden muß.

Daran kann kein Zweifel bestehen im Fall des § 300 StGB.; dagegen scheint dieser Grundsatz im Falle der §§ 11, 12 RBG. durch positive gesetzliche Bestimmung erschüttert zu sein.

Der Beamte ist nach diesen Vorschriften zur Amtsverschwiegenheit verpflichtet. Selbst das Zeugnis vor Gericht muß er verweigern, soweit ihn nicht die vorgesetzte Dienstbehörde zur Zeugniserteilung ermächtigt. (Vgl. auch § 54 StPO.)

Dies erweckt den Anschein, als ob der Beamte niemals aus eigener Initiative seine Schweigepflicht durchbrechen dürfte.

Soweit kann aber die Absicht des Gesetzgebers nicht gegangen sein.

Die Statuierung der Pflicht zur Amtsverschwiegenheit war im Staatsinteresse erforderlich; und sie mußte besonders gut verklausuliert werden, um nicht durch das Bestehen anderweitiger Pflichten, wie z. B. der Zeugnispflicht, illusorisch gemacht zu werden.

Dabei ging aber der Gesetzgeber von der an sich selbstverständlichen Voraussetzung aus, daß die staatlichen Organe immer gesetzmäßig handeln werden.

Dies wird auch der Beamte im Zweifel anzunehmen haben.

Träte aber wirklich der Fall ein, daß die Behörden Gesetzwidrigkeiten begingen, vielleicht gar solche mit kriminellem Einschlage, und der Beamte wüßte dies zweifellos, so muß man ihn für befugt halten, seine Schweigepflicht zu verletzen; sie wird von einer höheren, ihr gegenübertretenden Offenbarungspflicht verdrängt.

Bei einer anderen Auffassung hätte es die Behörde in der Hand, Gesetzwidrigkeit über Gesetzwidrigkeit zu begehen, und die Entdeckung durch Festhalten an der Schweigepflicht zu verhindern[39]).

---

[38]) Vgl. über die ärztliche Schweigepflicht noch: Liebmann, Die Pflicht des Arztes zur Bewahrung anvertrauter Geheimnisse, 1890; Wolff, Der strafrechtliche Schutz des Berufsgeheimnisses, 1908; v. Liszt, § 121 III; Köhler, Deutsches Strafrecht, 1917, S. 78; Frank, N III 2 b; Schwartz, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1914, N. 3c; bes. RG. 38/62, deren Ausführungen sich genau mit den hier gegebenen decken.

[39]) So wiederholt auch das Reichsgericht: vgl. RG. 8/218; RG. Rechtspr. 4/198; bes. aber RG. 60/295: Bekanntgabe des Ergebnisses der Abstimmung in den Urteilsgründen, um Besserung des Verfahrens zu ermöglichen.

Eine Pflichtenkollision kann dadurch entstehen, daß eine mit Befehlsgewalt ausgestattete Person einem Untergebenen die Vornahme einer rechtswidrigen Handlung anbefiehlt.

Zweierlei Voraussetzungen müssen für die Entstehung der Pflichtenkollision gegeben sein.

Zunächst muß der Befehl selbst sich im Rahmen des Gewaltverhältnisses halten, also regelmäßig in dienstlichen Angelegenheiten ergehen; andernfalls schuldet der Untergebene grundsätzlich keinen Gehorsam. Der Befehl muß ferner die Vornahme einer rechtswidrigen Handlung verlangen.

Liegen die Voraussetzungen vor, so kollidieren die Pflicht zum Gehorsam gegenüber dem Vorgesetzten und die Pflicht, die Gebote der Rechtsordnung zu respektieren.

Die höhere Pflicht ist zu erfüllen. Dies aber ist immer die Pflicht zur Innehaltung der staatlichen Rechtsnormen, denn dies ist die einzige unbedingte Pflicht, welche die Rechtsordnung aufgestellt hat.

Diese allgemeine Pflicht zur Respektierung der rechtlichen Gebote und Verbote darf nicht verwechselt werden mit derjenigen Pflicht, welche im einzelnen Falle durch Rechtsnorm statuiert ist. Diese kann, namentlich im Falle des Notstandes, durchbrochen werden. Soll der Notstand indes als Schuldausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund gelten, so wird damit nie die allgemeine Pflicht zur Beachtung der Gesetze verletzt. Denn entweder gilt insoweit die erlassene Rechtsnorm nicht, oder sie fordert ausnahmsweise, was sie generell verbietet.

Die Gehorsamspflicht gegenüber der Rechtsordnung ist also in Wahrheit unbedingt.

Niemals aber ist dies die Gehorsamspflicht gegenüber dem Befehlenden.

Kein Recht kann etwas derartiges bestimmen wollen; denn solche Maßregel könnte ihre Spitze sehr leicht einmal gegen die Rechtsordnung selbst kehren. Man braucht nur an den Fall zu denken, daß ein Truppenführer seine Soldaten, welche ihm „unbedingten" Gehorsam schulden, gegen die eigene Regierung führt, um zu erkennen, wie absurd die Annahme einer unbedingten Gehorsamspflicht gegenüber Befehlenden ist.

Auch das positive Recht erkennt ganz zweifellos eine unbedingte Gehorsamspflicht gegenüber vorgesetzten befehlenden Personen nicht an, wenn es in § 47 MStGB. bestimmt: „Es trifft den gehorchenden Untergebenen die Strafe des Teilnehmers, wenn ihm bekannt gewesen, daß der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche ein bürgerliches oder militärisches Verbrechen oder Vergehen bezweckte."

Wenn also der Untergebene die Ausführung des rechtswidrigen Befehls verweigert, so handelt er rechtmäßig; er handelt dagegen rechtswidrig, wenn er dem fehlerhaft Befehlenden Gehorsam leistet. (Zust. RG. 6/432.)

Eine andere Frage ist es, ob der den rechtswidrigen Befehl Ausführende und damit rechtswidrig Handelnde strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann.

Soweit das positive Recht darüber keine Bestimmungen enthält, dürften folgende Grundsätze anzuwenden sein:

Hat der Untergebene gewußt, daß ihm der Befehlende die Vornahme einer rechtswidrigen Handlung zumutete, und hat er den Befehl dennoch ausgeführt, so ist er als Täter zu bestrafen; ihm gegenüber erscheint der Befehlende als Anstifter. (Vgl. RG. 54/337.)

Hat der Befehlsempfänger die Rechtswidrigkeit des Befehls nicht erkannt, so ist der Frage näher zu treten, ob er sie bei einiger Überlegung hätte erkennen müssen, und ob ihm deshalb die fahrlässige Begehung des fraglichen Deliktes zur Last zu legen ist.

Ist der Untergebene aus allgemeinen strafrechtlichen Gründen straflos zu lassen, so müssen auf den Befehlenden selbst die Grundsätze über die mittelbare Täterschaft Anwendung finden[40]).

Auf gewisse Pflichtenkollisionen, die sich nicht selten ereignen, weist der in RG. 59/404 behandelte Fall hin:

Nach einer abgehaltenen Schießübung befahl der diensttuende Hauptmann dem Führer eines Gefechtswagens, seinen Standort durch nächtliche Fahrt, und zwar ohne Beleuchtung des Wagens, zu erreichen. Auf der Fahrt stieß der Gefechtswagen mit einem Motorradfahrer zusammen, welcher durch den Anprall erheblich verletzt wurde.

Die Anklage legte dem befehlenden Hauptmann zur Last, daß er die zur Sicherung des Verkehrs auf öffentlichen Wegen erlassenen polizeilichen Vorschriften verletzt und somit den Unfall fahrlässig verschuldet habe.

Die Revision der Anklage, welch letztere bereits in den beiden ersten Instanzen erfolglos geblieben war, wurde vom Reichsgericht verworfen.

Die Pflichtenkollision besteht in diesem und ähnlichen Fällen darin, daß der Führer einer Truppe verpflichtet ist, für eine genügende Ausbildung der Soldaten zu sorgen, zugleich aber auch gehalten, die allgemeinen Gesetze und Verordnungen zu respektieren.

---

[40]) Die Frage kann hier nicht bis in alle Einzelheiten verfolgt werden. Vgl. an Literatur besonders: v. Ammon, Der bindende rechtswidrige Befehl, 1926; Mayer, Der rechtswidrige Befehl, in der Festschrift für Laband, 1908; Dohna, Recht und Irrtum, 1925; van Calker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen, 1891; v. Bar, Gesetz und Schuld, III, 103 ff.

Diese beiden Verpflichtungen vertragen sich sehr oft nicht.

Die Ausbildung einer Truppe muß vor allen Dingen darauf zielen, sie für den Fall eines Krieges schlagfertig zu machen.

Im Kriege sind aber Handlungen vorzunehmen, welche in normalen Zeiten nicht zulässig, evtl. sogar mit schweren Strafen bedroht sind.

Die Vornahme solcher Handlungen muß geübt werden, damit die Truppe im Ernstfalle nicht versagt.

Als die höhere Pflicht wird man die Pflicht zur gehörigen Ausbildung der Truppe anzusehen haben, denn an der Erfüllung dieser Pflicht ist die Allgemeinheit in weit höherem Maße interessiert als an der Beobachtung polizeilicher Vorschriften im einzelnen Falle.

Der militärische Befehlshaber darf also, wie auch das Reichsgericht in seiner angeführten Entscheidung ausführt, Verordnungen und Gesetze übertreten, wenn dies durch die militärischen Notwendigkeiten zwingend geboten ist.

Diese Befugnis entbindet ihn natürlich nicht davon, geeignete Sicherungs-, namentlich Absperrmaßnahmen zu treffen, um den Eintritt eines Schadens für andere nach Möglichkeit zu verhüten.

Die Nichtbeobachtung dieser Regel kann ihn aus einem anderen Gesichtspunkte als dem der Übertretung polizeilicher Vorschriften strafrechtlich verantwortlich machen, z. B. §§ *222*, 230 StGB. (in Begründung und Ergebnis völlig übereinstimmend RG. 59/404).

Pflichtenkollisionen eigener Art können sich auf dem Gebiete des Familienlebens ereignen.

Das Familienleben unterliegt rechtlicher Regelung.

Das Gesetz setzt die Beziehungen zwischen den einzelnen Familienmitgliedern fest, es gewährt ihnen Rechte und bestimmt ihre Pflichten.

Nun ist es aber eine Tatsache, daß sich das Familienleben weit weniger unter rechtlichen als vielmehr unter anderen, vorwiegend moralischen oder ethischen Gesichtspunkten abspielt.

Vor dieser Tatsache verschließt der Gesetzgeber keineswegs seine Augen; seine rechtliche Regelung bezweckte nur, ein Mindestmaß dessen festzusetzen, was man von den einzelnen Familienmitgliedern an Rücksichtnahme aufeinander billigerweise erwarten kann.

Außer den statuierten Rechtspflichten gibt es auf dem Gebiete des Familienlebens eine Menge moralischer und ethischer Pflichten, deren rechtliche Regelung mit Vorbedacht unterlassen ist, die aber den Rechtspflichten völlig ebenbürtig an die Seite treten können.

Welcher Art diese moralischen Pflichten sind, läßt sich im einzelnen nicht mit absoluter Genauigkeit bestimmen; ihre Aufstellung unterliegt den jeweils schwankenden Anschauungen der Zeit.

Erfüllt nun ein Familienmitglied im Falle der Kollision zwischen einer Rechtspflicht und einer moralischen Pflicht die letztere, so handelt es nicht rechtswidrig, wenn das gesunde Empfinden beide Pflichten wertgleich zu setzen vermag.

Das subjektive Nichtanderskönnen vermag hier die Rechtswidrigkeit der Rechtspflichtverletzung auszuschließen. (Vgl. S. 30.)

Einen interessanten diesbezüglichen Fall hat das Reichsgericht in RG. 36/78 behandelt:

Ein Vater, dessen Tochter an einer gefährlichen Kniegelenkentzündung erkrankt war, hatte sich durch eine kurz vor ihrem Tode ausgesprochene Bitte seiner Frau und durch die flehentlichen Vorhaltungen seines Kindes davon abhalten lassen, es zwecks Vornahme einer notwendigen Operation in das Krankenhaus zu bringen. Statt dessen hatte er andere, ungeeignete Heilmaßnahmen in Anwendung gebracht.

Infolge einer hinzutretenden Blutvergiftung starb das Kind.

Da nun feststand, daß eine rechtzeitige Unterbringung im Krankenhause und eine rechtzeitige Vornahme der Operation dem Kinde das Leben erhalten haben würde, so wurde der Vater unter Anklage gestellt mit der Begründung, er habe die Pflicht zur Fürsorge für die Person des Kindes vernachlässigt und damit fahrlässig seinen Tod verschuldet.

In der Vorinstanz wurde er verurteilt.

Das Reichsgericht sprach ihn frei, indem es im wesentlichen den eingangs gegebenen Darlegungen folgte.

Auf dem Gebiete des Familienlebens seien nicht nur Rechtspflichten zu berücksichtigen sondern auch ethische und moralische Gesichtspunkte, Rücksichten, welche dem Gebiete des Seelen- und Gemütslebens angehörten, in Betracht zu ziehen.

Wenn, was tatsächlich der Fall, der Vater zu erkennen gegeben habe, daß er für das Kind zu sorgen gewillt sei, so könne ihm daraus kein Vorwurf gemacht werden, daß er sich durch psychologische Rücksichten, welche vom Sittengesetz durchaus gebilligt würden, habe abhalten lassen, die geeigneten Maßnahmen zur Erfüllung der Rechtspflicht zu treffen.

Das Reichsgericht verneint bei dieser Sachlage die Schuldfrage, während wir mehr der Ansicht sind, daß der Vater sich durch Unterlassung der Überführung seiner Tochter in das Krankenhaus einer rechtswidrigen Verletzung seiner Fürsorgepflicht überhaupt nicht schuldig gemacht habe und schon aus diesem Grunde freizusprechen war.

Eine allgemeine Betrachtung der Stellungnahme des Reichsgerichts zur Pflichtenkollision zeigt zunächst, daß der höchste Gerichtshof die Kollision zweier Pflichten niemals zum Notstand gezählt sondern sie als eine Erscheinung eigener Art gewertet hat.

Besonders deutlich zeigt sich dies in der Entscheidung 38/195:

Die Mitglieder des Aufsichtsrates einer A. G. hatten in ihren Berichten den Stand der Verhältnisse der Gesellschaft wissentlich unwahr dargestellt, indem sie insbesondere umfangreiche Veruntreuungen eines Direktors der A. G. verschwiegen.

Sie standen deshalb gemäß § 314 Abs. 1 Nr. 1 HGB. unter Anklage.

Zu ihrer Verteidigung machten sie geltend:

Es sei ihre Pflicht, die Interessen der Aktionäre wahrzunehmen.

Diese Interessen hätten aber gefordert, daß die Veruntreuungen des Direktors nicht in der Öffentlichkeit bekannt wurden, denn davon sei ein Rückschlag auf den Aktienbesitz der Gesellschaftsmitglieder zu befürchten gewesen.

Diesem berechtigten kapitalistischen Interesse der Aktionäre gegenüber müsse das weit geringfügigere Interesse der Öffentlichkeit an der Bekanntgabe wahrheitsgetreuer Berichte über die Verhältnisse der Gesellschaft zurücktreten.

Für die Gesellschaftsorgane habe also ein Notstand vorgelegen, der sie zu einer unrichtigen Darstellung der Gesellschaftsvorgänge berechtigt habe.

In seiner Urteilsbegründung erklärt das Reichsgericht die „Hereinziehung eines Notstandes für gänzlich verfehlt" und glaubt daher, einer Nachprüfung dieses Arguments völlig enthoben zu sein.

Diese Auffassung dürfte indes nicht zutreffen.

Die Organe einer Aktiengesellschaft haben einerseits die Pflicht, die Interessen der Aktionäre wahrzunehmen, andererseits ist ihnen durch § 314 HGB. die Pflicht auferlegt, der Öffentlichkeit wahrheitsgetreue Berichte über die Vorgänge bei der A. G. zu erstatten.

Selbstverständlich kann sich der Fall ereignen, daß diese beiden Pflichten nicht miteinander vereinbar sind, daß also für die Gesellschaftsorgane ein Pflichtennotstand entsteht, der nach den oben niedergelegten Grundsätzen rechtlich behandelt werden muß.

Auch im vorliegenden Falle durfte dies nicht einfach übersehen werden.

Bei der gegebenen Sachlage war ein Notstand der Gesellschaftsorgane anzunehmen, allerdings war ihnen zur Last zu legen, daß sie die Pflichtenkollision nicht in einer den Geboten der Rechtsordnung entsprechenden Weise gelöst hatten.

Zunächst war die auch der Öffentlichkeit gegenüber bestehende Pflicht zur Offenlegung der Gesellschaftsvorgänge die höhere und verdiente damit den Vorzug gegenüber der Pflicht gegen die Aktionäre. Sodann konnte aber auch bezweifelt werden, ob es wirklich im Interesse der letzteren lag, wenn ihnen Riesenunterschlagungen eines Vorstandsmitgliedes gänzlich verheimlicht wurden.

Die Verurteilung der Aufsichtsratsmitglieder aus § 314 HGB., zu der das Reichsgericht gelangte, war somit im Ergebnis richtig, wenn auch in der Begründung falsch.

Den in Leipziger Zeitschrift, 1915, S. 1234 enthalten Fall hatte das Reichsgericht nicht einmal unter dem Gesichtspunkt der Pflichten-Kollision, geschweige denn des Notstandes entschieden.

Es kollidierten hier die Pflicht, das Nachtbackverbot zu beachten, und die Pflicht, das Heer im Kriege mit Backwaren zu beliefern. Ohne Nachtarbeit war der letzteren nicht nachzukommen.

Das Reichsgericht erkannte bei der Beurteilung der Sachlage das Vorliegen einer Pflichtenkollision nicht sondern stellte seine Entscheidung mehr auf den Zweck der beiden in Frage kommenden Vorschriften ab.

Im übrigen ist zu sagen, daß das Reichsgericht überall da, wo es sich mit der Entscheidung von Pflichtenkollisionen befaßt hat, den richtigen Grundsätzen folgt.

Es verlangt die Erfüllung der höheren Pflicht und erklärt diese Erfüllung für rechtmäßig, die Nichterfüllung der minder wichtigen Pflicht für nicht rechtswidrig.

Ein Irrtum des Verpflichteten soll je nach den Umständen, insbesondere nach seinen geistigen Fähigkeiten, als Entschuldigungsgrund angesehen werden. (In diesem Sinne besonders RG. 20/190; 22/163.)

Weitere Fälle von Pflichtenkollisionen, auf die im einzelnen einzugehen sich erübrigt, finden sich in: RG. 2/57, Kollision der Pflicht gegen den Ehemann und der Anzeigepflicht nach § 139 StGB.; die Kollision ist nicht erkannt, der Fall indes richtig entschieden, indem der § 139 für in vollem Umfange anwendbar erklärt wurde. RG. 56/169, Kollision zwischen der bürgerlichrechtlichen Herausgabepflicht und der Pflicht, sich der strafbaren Beihilfe zu enthalten; die letztere ist für die höhere erklärt worden. RG. 59/148; ist der Beamte befugt, Leistung von Streikarbeit zu verweigern? Das RG. verneint diese Frage, denn die (vermeintliche) Pflicht gegen die Angehörigen verwandter Stände ist nicht so hoch zu bewerten wie die Pflicht gegen die Allgemeinheit.

§ 8. Die Rechtsgüterkollision und die Kollision von Rechtsgütern und Rechtspflichten. (Einschließlich einer Betrachtung über die Zulässigkeit der Nothilfe in jenen Fällen.)

Die gesetzlich nicht geregelten Rechtsgüterkollisionen[41]) unterstehen dem auf S. 29 aufgestellten Prinzip.

---

[41]) Eine gesetzliche Regelung findet sich in den §§ 228, 904 BGB. sowie in den auf S. 23 angeführten Fällen; dagegen sind die §§ 52 Abs. 1, 54 StGB. nur ein subsidiärer Entschuldigungsgrund.

Der Notstandstäter handelt rechtmäßig, wenn er von den in der Kollision drohenden Übeln den Eintritt des kleineren bewirkt.

Entscheidet er sich dagegen für den Eintritt des größeren Übels, so ist sein Handeln rechtswidrig und, soweit es nicht der Formel des § 54 StGB. unterliegt, strafbar.

Dieses Prinzip muß nun für die einzelnen Notstandsfälle praktisch brauchbar gemacht werden.

Der erste Schritt auf diesem Wege ist die Aufstellung eines allgemeinen Grundsatzes darüber, was man in bestimmten Kollisionsfällen als das kleinere Übel anzusehen habe.

Dieser allgemeine Grundsatz war für die Fälle der Pflichtenkollision nicht schwer zu finden.

Bei der Rechtsgüterkollision dagegen bereitet seine Aufstellung einige Schwierigkeiten; denn bei ihr sind Momente zu berücksichtigen, welche die Pflichtenkollision naturgemäß nicht aufzuweisen hat.

Die Rechtsgüterkollisionen teilt man am besten in zwei Gruppen ein: die Fälle der Gefahrgemeinschaft und die übrigen Kollisionen.

Diese beiden Gruppen unterscheiden sich wesentlich voneinander, und deshalb muß man bei jeder Gruppe zu einer anderen Beantwortung der Frage kommen, auf welcher Kollisionsseite das kleinere Übel zu finden sei.

Von Gefahrgemeinschaft spricht man dann, wenn sich zwei oder mehrere Rechtsgüter in einer gemeinsamen Gefahr befinden; dabei kann die Ursache der Gefahr eine verschiedene sein.

In dieser Gefahrgemeinschaft sind nun wieder zwei verschiedene Lagen denkbar.

1. Eines der beiden Rechtsgüter ist unter allen Umständen verloren, Rettung ist unmöglich. Sein Untergang bewirkt, wenn er folgerichtig verläuft, auch den Untergang des anderen Rechtsgutes. Dieses andere Rechtsgut ist aber nicht unbedingt verloren; es kann gerettet werden, wenn sein Träger durch eine Unterbrechung des Kausalverlaufs den ohnehin sicheren Untergang des einen Rechtsgutes beschleunigt.

Diese rettende Handlung muß ihm erlaubt, ja sie muß rechtmäßig sein, denn sie bewirkt statt des sonst sicheren Unterganges zweier den beschleunigten Untergang nur eines Rechtsgutes; dies aber ist das kleinere Übel, ohne daß hierbei der Wert der kollidierenden Güter irgendwie in Betracht zu ziehen wäre.

2. Die zwei oder mehreren Rechtsgüter befinden sich in einer gemeinsamen Gefahr, die sie alle gleichmäßig bedroht. Keines der Rechtsgüter aber ist unbedingt verloren, jedes kann durch die Aufopferung des oder der anderen noch aus der Gefahr errettet werden.

Hier ist die Entscheidung ungleich schwieriger als in dem vorigen Falle.

Man könnte hier versucht sein, die Entscheidung auf den Wert der kollidierenden Rechtsgüter abzustellen und zu bestimmen: das wertvollere Rechtsgut darf sich auf Kosten des minderwertigen erhalten. Tatsächlich geschieht dies oft.

Aber dieser Satz ist, wenn er auch einen durchaus richtigen Grundgedanken enthält, in dieser Allgemeinheit falsch.

Außer dem Wert der kollidierenden Güter ist noch ein anderes Moment zu berücksichtigen; welches, zeigt am besten eine Betrachtung des Institutes der Großen Haverei, eines gesetzlich geregelten Falles von Gefahrgemeinschaft.

Nach § 706 HGB. darf der Schiffer zwecks Errettung des Schiffes und der Ladung aus gemeinsamer Gefahr u. a. Waren, Schiffsteile oder Schiffsgerätschaften über Bord werfen.

Bei der Auswahl der über Bord zu werfenden Gegenstände wird sich der Schiffer nicht allein von ihrem Wert bestimmen lassen, sondern er wird diejenigen Gegenstände auswählen, durch deren Vernichtung am meisten Wahrscheinlichkeit für die Rettung der übrigen entsteht.

Und dieses Prinzip ist das allein vernünftige.

Es ergibt sich also der Satz: Befinden sich mehrere Güter in Gefahrgemeinschaft, ohne daß eines von ihnen unbedingt verloren ist, so ist die Vernichtung eines Rechtsgutes dann das kleinere Übel, wenn gerade durch sie die Wahrscheinlichkeit einer Rettung der übrigen Rechtsgüter erhöht wird, und der Wert des vernichteten Rechtsgutes nicht außer jedem Verhältnis zu dem Werte der zu erhaltenden Rechtsgüter steht[42]).

Die übrigen Rechtsgüterkollisionen sind nun von den Fällen der Gefahrgemeinschaft wesentlich verschieden.

Hier besteht keine gemeinsame Gefahr für die Rechtsgüter, sondern Gefahr droht nur einem von ihnen, während das andere gänzlich ungefährdet, unbeteiligt ist.

Eine eigenartige Situation ergibt sich nur insofern, als eine Aufopferung des ungefährdeten Rechtsgutes dem bedrohten Rettung bringen würde.

Das Nichthandeln im Falle der Gefahrgemeinschaft bewirkt den sicheren Untergang beider Rechtsgüter. Das Nichthandeln in den übrigen Kollisionsfällen läßt lediglich die Beschränkung der Untergangsgefahr auf das allein bedrohte Rechtsgut bestehen.

In Gefahrgemeinschaft muß grundsätzlich der Eingriff in das fremde Rechtsgut zugelassen werden. Denn wo für ein Rechtsgut Rettung noch möglich ist, da erscheint das Verlangen nach dem Untergange aller als sinnlos und zweckwidrig.

Dagegen erscheinen in den übrigen Fällen der Rechtsgüterkollision schwerwiegende Zweifel berechtigt, ob man einen Eingriff

[42]) Zust. v. Weber, Das Notstandsproblem usw., 1925, S. 28.

in das völlig ungefährdete Rechtsgut dulden darf, denn ein solcher bedeutet nichts weniger als die Abwälzung eines drohenden Schadens auf einen unbeteiligten Dritten.

Diese Frage beurteilt sich gewiß nach rechtlichen Gesichtspunkten, doch spielt, zum mindesten unbewußt, der moralische Standpunkt des Beurteilers eine gewichtige Rolle mit.

Dies erklärt, daß wir es bei der vorliegenden mit einer der meist umstrittenen Fragen unseres Rechtslebens zu tun haben.

Im Anschluß an *Rudolf Merkel* wird häufig der Satz vertreten, das kleinere Übel im Falle der Rechtsgüterkollision liege darin, daß sich das wertvollere Rechtsgut auf Kosten des minderwertigen erhalte[43]).

Diesen Satz gilt es auf seine Stichhaltigkeit zu prüfen.

Soviel muß von vornherein zugegeben werden, daß einer Wertvergleichung der kollidierenden Interessen eine ausschlaggebende Bedeutung für die Beurteilung der Sachlage zukommt.

Sie wird mithin das Erste sein müssen, was der Täter und späterhin der Richter bei der Entscheidung des Falles vorzunehmen hat.

Für die Wertbestimmung der beiden kollidierenden Güter kann nur ihr objektiver, ihr Verkehrswert in Betracht kommen, nicht irgendein besonderes Interesse, welches ihr Rechtsträger an ihnen nimmt. Für die Mithereinziehung eines Affektionsinteresses bei der Wertermittlung der Güter fehlt jeder Vergleichsmaßstab, jeder Hinweis auf einen ziffernmäßig festzustellenden Wert, welcher dem Verkehrswert des Gutes hinzuzuaddieren wäre.

Damit soll indes nicht gesagt sein, daß das Affektionsinteresse keinerlei Bedeutung für die Beurteilung der Sachlage hat; es ist aus einem später zu erörternden Grunde durchaus beachtlich.

Objektiver Wert des Gegenstandes bedeutet im Rahmen dieser Abhandlung immer objektiv individueller Wert; dieser kann dem Artenwerte des Gutes mitunter widersprechen. So ist z. B. die körperliche Integrität eines Familienvaters mitunter mehr wert als das Leben eines unverheirateten Invaliden, obwohl regelmäßig das Wertverhältnis zwischen Leib und Leben ein umgekehrtes sein wird.

Der Artenwert eines Gutes bietet also nur einen Anhaltspunkt für die Wertbeurteilung, niemals ist er selbst ausschließlich zugrunde zu legen.

---

[43]) Vgl. u. a. Graf Dohna, Recht und Irrtum, S. 9 ff.; besonders S. 11; derselbe, Die Rechtswidrigkeit, 1905, S. 128; Mezger, Ger. S. 89, S. 270, 313/314; Löffler in Österr. Krim.-Ver., Der deutsche Strafgesetzentwurf, hrsg. v. Gleispach, 1921, S. 31 ff.; mit Einschr. Baumgarten, Notstand und Notwehr, 1911, S. 57 ff.

Hat die Wertvergleichung der beiden Güter das Resultat ergeben, daß der eine Gegenstand wertvoller ist als der andere, so darf daraus nun nicht die Schlußfolgerung gezogen werden, daß der Eingriff in das minderwertvolle Rechtsgut ohne weiteres gestattet und rechtmäßig sei.

Man braucht nur an den Fall zu denken, daß ein minderwertvoller Gegenstand völlig zerstört werden soll, um einem wertvolleren eine leichte Beschädigung fernzuhalten, die unter Umständen sogar heilbar ist, um vor einer solchen Folgerung zurückzuschrecken.

Also nicht die Wertvergleichung der beiden Güter allein kann einen Maßstab für die Zulässigkeit der Notstandshandlung abgeben; hinzukommen muß die Vergleichung des abzuwendenden und des zu verursachenden Schadens[44]).

Aber selbst diese Modifikation der Kollisionstheorie gibt noch kein sicheres Kriterium für die Rechtmäßigkeitserklärung der Notstandshandlung.

Die Anhänger der reinen *Merkelschen* Kollisionstheorie empfinden offensichtlich nicht die schwere Unbilligkeit, die darin liegt, daß jedermann einen ihm drohenden Schaden einfach auf einen anderen soll abwälzen dürfen.

Man betrachtet unausgesprochen die Sachlage für gewöhnlich so, als ob sich der Staat und nicht der Täter im Notstande befinde, als ob die Rechtsordnung das größte Interesse daran habe, den Reichtum des Einzelnen zu erhalten[45]).

Diese Anschauung ist aber schon angesichts des § 903 BGB., nach welchem die sinnloseste Zerstörung einer Sache durch ihren Eigentümer rechtlich durchaus zulässig ist, offenbar unrichtig.

Es ist weder Zweck noch Wille der Rechtsordnung, dem einzelnen Staatsbürger materiellen Wohlstand zu verbürgen; in der Garantierung des Rechtsfriedens, der Unantastbarkeit der Rechtssphäre des Einzelnen sieht sie ihre eigentliche Aufgabe.

Aus dem Gesagten folgt, daß man dem Interesse des Notstandsbedrohten an der Erhaltung seines Rechtsgutes das Interesse der Rechtsordnung an der Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens gegenüberstellen muß.

Dieses Interesse wird regelmäßig überwiegen und damit die Vornahme der Notstands-Handlung verbieten.

Nur dann wird es in den Hintergrund zu treten haben, wenn der gefährdete Gegenstand so wertvoll, der ihm drohende Schaden so groß ist, daß die Weigerung jemandes, sein minderwertvolles

---

[44]) Zust. Würzburger, Das Recht des strafrechtlichen Notstandes, 1903, S. 107.

[45]) Eine Anschauungsweise, die übrigens schon Hold v. Ferneck getadelt hat.

Rechtsgut gegen Entschädigung zu opfern, die schärfste moralische Mißbilligung verdient.

In diesem Zusammenhange wird auch ein Affektionsinteresse, welches der Gegner des Bedrohten an seinem Rechtsgute nimmt, von Bedeutung.

Denn je mehr er aus zu billigenden ethischen oder moralischen Gründen an dem Gegenstande hängt, je mehr seelisches Unbehagen ihm dessen Zerstörung bereiten muß, desto weniger Mißbilligung verdient seine Weigerung, den Gegenstand zu opfern, desto größer ist das Interesse der Rechtsordnung daran, daß diese Rechtssphäre unangetastet bleibe. In solchen Fällen muß der Schaden des anderen schon besonders groß sein, wenn man den Eingriff gestatten oder gar für rechtmäßig erklären soll.

Die hier vertretene Theorie schließt die Zulässigkeit der Notstandshandlung insbesondere ihre Rechtmäßigkeit praktisch in den meisten Fällen aus.

Aber dieses praktische Ergebnis ist gewollt. Der Eingriff in eine fremde Rechtssphäre, die Abwälzung eines Schadens auf dritte, muß immer das Annormale bleiben. Wer die Zulässigkeit solcher Eingriffe nur abhängig macht von dem Werte der kollidierenden Güter, sie damit also fast schrankenlos gestattet, der trägt nur dazu bei, daß der Daseinskampf noch schärfere und rohere Formen annimmt als es schon ohnehin der Fall ist[46]).

Es bleibt noch zu untersuchen, wie sich die Anwendung des Prinzips des kleineren Übels auf die Kollisionen zwischen Rechtsgütern und Rechtspflichten auswirkt.

Für die strafrechtliche Beurteilung kommen nur diejenigen Pflichten in Betracht, welche von der Rechtsordnung unmittelbar aufgestellt sind, und deren Verletzung regelmäßig mit Strafe bedroht ist.

Die Kollision kann so geartet sein, daß eine Pflicht vernachlässigt werden muß, um ein Rechtsgut zu erhalten, es kann aber auch der umgekehrte Fall eintreten, daß die Erfüllung einer Pflicht die Zerstörung eines Rechtsgutes erfordert[47]).

Im ersteren Fall ist die Vernachlässigung der Pflicht dann zulässig und nicht rechtswidrig, wenn das bedrohte Rechtsgut wertvoller ist als das durch die Aufstellung der Pflicht geschützte Interesse, und ihm ein so großer Schaden droht, daß demgegenüber die Erfüllung der Pflicht billigerweise nicht in Betracht kommen kann.

---

[46]) Vgl. die auf S. 28 Anm. 35 angeführte Literatur.

[47]) Ein ganz anderer Fall liegt natürlich vor, wenn sich die Pflicht gerade auf die Zerstörung des Gegenstandes erstreckt, was insbesondere auf dem Gebiete des Polizeirechts vorkommen kann.

Im letzteren Fall, also wenn die Erfüllung einer Pflicht die Zerstörung eines Rechtsgutes verlangt, muß, da ein Eingriff in eine fremde Rechtssphäre vorzunehmen ist, mit doppelter Vorsicht entschieden werden.

Die Einwirkung auf das fremde Rechtsgut ist dann zulässig und rechtmäßig, wenn das der Pflicht zugrundeliegende Interesse erheblich wertvoller ist als jenes, und wenn gerade im gegebenen Falle ein besonders dringendes Bedürfnis an der Pflichterfüllung besteht.

Wenn der Täter die Rechtsgüterkollisionen in der angegebenen Weise gelöst hat, so war sein Handeln rechtmäßig, ohne daß es noch anderer als dieser rein objektiven Voraussetzungen bedürfte.

Anderer Ansicht ist das Reichsgericht.

In den beiden Entscheidungen RG. 61/242 und 62/137, welche das Problem der medizinisch indizierten Schwangerschaftsunterbrechung behandeln, wird zur Rechtfertigung des ärztlichen Eingriffs nicht nur verlangt, daß die Rettung des wertvolleren Rechtsgutes erfolgt sein müsse, sondern es werden subjektive Gesichtspunkte entscheidend mit in Betracht gezogen.

Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der Handlung ist das subjektiv pflichtmäßige Ermessen des Arztes, d. h. die gewissenhafte Prüfung des Vorliegens einer Kollision überhaupt.

Die Prüfungspflicht besteht allgemein in jeder Notstandslage für jedermann. „Fehlt es an einer solchen, dann besteht der Rechtfertigungsgrund des übergesetzlichen Notstandes selbst dann nicht, wenn nachträglich festgestellt wird, daß die sonstigen Voraussetzungen gegeben waren. Bei dieser Sachlage ist die Handlung des Täters ohne weiteres strafbar.“ RG. 62/137, S. 138. Der gleiche Gedankengang kehrt in RG. 64/101, S. 104 wieder.

Man muß sich nun einmal die Tragweite dieser Ausführungen vergegenwärtigen.

Es steht fest, daß der Täter im Sinne unserer Rechtsanschauungen das kleinere Übel gesetzt und damit vernünftig, ja direkt den Geboten der Rechtsordnung entsprechend, d. h. rechtmäßig gehandelt hat.

Aber gleichviel, er muß bestraft werden, weil er sich bei seinem Handeln von dessen Zweckmäßigkeit nicht hat leiten lassen, weil er nicht bewußt sondern nur zufällig das Richtige getroffen hat.

Abgesehen von der Unbilligkeit dieser Entscheidung birgt sie auch die große Gefahr in sich, daß man bei einem Fortschreiten auf diesem Wege schließlich dazu gelangt, lediglich die verbrecherische Gesinnung zu bestrafen, auch wenn sie sich nach außen noch nicht betätigt hat.

Daß damit ein gutes Teil der Rechtssicherheit untergraben würde, ist unmittelbar gewiß[48]).

Wir haben nun der Frage näher zu treten, unter welchen Voraussetzungen die Nothilfe in den Kollisionsfällen dieses Abschnittes zulässig ist.

Man kann darüber streiten, ob es zweckmäßig und sachlich berechtigt ist, die Frage zusammen mit der Besprechung der Rechtsgüterkollision überhaupt zu behandeln; man könnte darauf verweisen, daß sie das gesamte Gebiet des Notstandes angehe und darum in einem Sonderabschnitt zu betrachten sei.

Demgegenüber sei aber bemerkt: Im Falle der Pflichtenkollision ist die Nothilfe begrifflich ausgeschlossen.

Soweit die Notstandsfälle gesetzlich geregelt sind, ist auch die Nothilfe mit berücksichtigt worden. Die §§ 228 und 904 BGB. lassen sie zu, der § 54 StGB. beschränkt ihre Zulässigkeit auf angehörige Personen.

Ernstlich streitig kann die ganze Frage daher nur bei den Kollisionen des vorliegenden Abschnittes werden; und aus diesem Grunde halten wir es für zweckmäßig, sie anschließend hier zu behandeln.

Die herrschende Meinung lehrt: Soweit die Notstandshandlung selbst rechtmäßig ist, ist die Nothilfe unbeschränkt zugelassen; in allen anderen Fällen beurteilt sich ihre Zulässigkeit nur nach § 54 StGB.

Diese Lösung beruht darauf, daß man die Nothilfe als Teilnahme an der Notstandshandlung ansieht.

Alsdann muß man in Verfolg des Grundsatzes der Akzessorietät bei rechtmäßiger Notstandshandlung auch die Nothilfe für rechtmäßig erklären, bei rechtswidriger Notstandshandlung wie für diese so auch für die Nothilfe nach einem Entschuldigungsgrund suchen.

Es ist zuzugeben, daß in den meisten vorkommenden Fällen die Nothilfe Teilnahme an der Notstandshandlung ist.

Wo sie das ist, also dann, wenn sie auf Auffordern oder mit stillschweigender Billigung des Bedrohten geschieht, dort ist das oben angegebene Prinzip das richtige.

Aber es wird von der herrschenden Meinung übersehen, daß die Nothilfe nicht ihrer Natur nach notwendig Teilnahme ist. Wer z. B. ein wenige Monate altes Kind aus einem brennenden Hause rettet, der leistet zweifellos Nothilfe, und doch wird niemand von ihm sagen wollen, daß er an der Notstandshandlung des Kindes teilgenommen habe[49]).

[48]) Gleicher Ansicht wie der Verfasser sind u. a. Mezger, Ger. S. 89/314; vgl. allerdings auch S. 285/286; E. Schmidt, ZStW. 49/397; Sauer, Grundlagen des Strafrechts, 1921, S. 346/347; a. A. Graf Dohna, Die Rechtswidrigkeit, S. 105/106.

[49]) Vgl. zu dieser Frage insbesondere Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit II, 1, S. 156 ff.

Ist also im besonderen Falle die Nothilfehandlung nicht als Teilnahme aufzufassen, dann muß sie hinsichtlich ihres rechtlichen Charakters selbständigen Beurteilungsgrundsätzen unterworfen werden.

Es sei noch einmal erwähnt, daß die folgenden Ausführungen nur für diejenigen Fälle Gültigkeit haben, in denen die Nothilfe ohne Wissen des Bedrohten oder gar gegen seinen ausdrücklich erklärten Willen erfolgt.

In den beiden Fällen der Gefahrgemeinschaft ist die Nothilfehandlung rechtmäßig, wenn der Nothelfer sich an das auf S. 39 f. angegebene Lösungsprinzip gehalten hat.

Auf einen Widerspruch des Rechtsträgers des bedrohten Rechtsgutes ist kein Gewicht zu legen, denn auch vom Standpunkt der Allgemeinheit aus gesehen ist es das kleinere Übel, wenn wenigstens eines der beiden sonst verlorenen Rechtsgüter gerettet wird[50]).

Handelt es sich um den Fall der gewöhnlichen Rechtsgüterkollision, so muß die Nothilfehandlung, um rechtmäßig zu sein, die auf S. 41 ff. angegebenen Bedingungen der Rechtmäßigkeit erfüllen.

Widerspricht hier der Bedrohte der Nothilfe, so ist sie zu unterlassen, ihre gleichwohl erfolgende Vornahme ist rechtswidrig.

Das Interesse der Rechtsordnung an der Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens ist so groß, daß sie selbst dem Bedrohten nur höchst ungern die Vornahme der Notstandshandlung gestattet. Sie tut dies nur dann, wenn ihm ein besonders großer, unersetzlicher Schaden droht, dessen Tragung ihm billigerweise nicht zugemutet werden kann. In solchen Fällen sieht sie den Rechtsfrieden nicht als bedroht an.

Will aber der Bedrohte selbst den Eingriff in die fremde Interessensphäre nicht, oder will er es auf einen gleichen Kampf der Kräfte ankommen lassen, so hat die Rechtsordnung keine Veranlassung, einem Dritten diesen friedenstörenden Eingriff zu gestatten, denn sie würde sonst fördern, was sie gern vermieden sieht.

Ist ein Rechtsgut zu zerstören, um eine Rechtspflicht erfüllen zu können, so ist die Nothilfehandlung rechtmäßig, wenn das der Pflicht zugrundeliegende Interesse das wertvollere ist, und die Allgemeinheit ein dringendes Interesse an der Pflichterfüllung im gegebenen Falle nimmt.

Der Widerspruch des Verpflichteten vermag der Rechtmäßigkeit der Nothilfehandlung keinen Abbruch zu tun, denn die Rechtsordnung verlangt ja die Erfüllung der Pflicht.

---

[50]) Ein Einspruch des Rechtsträgers kann aber aus anderem Grunde erheblich sein und die dennoch vorgenommene Handlung zu einer rechtswidrigen machen; z. B. die Mutter weigert sich, die Perforation vornehmen zu lassen; der Eingriff in ihren Körper ist mangels ihrer Einwilligung rechtswidrig.

Zu prüfen bleibt noch, unter welchen Voraussetzungen die Nothilfe zugunsten des Staates zulässig ist.

Es ist zweifellos, daß sich nicht nur natürliche sondern auch juristische Personen, unter letzteren auch der Staat, in einem Zustand der Gefahr befinden können, welcher den Eingriff in fremde Rechtsgüter erforderlich macht.

Die dem Staate geleistete Nothilfe darf nicht unter denselben Voraussetzungen betrachtet werden wie diejenige, welche einer Privatperson zugute kam[51]).

Denn der Staat hat seine besonderen Organisationen, welche in erster Linie dazu berufen sind, in Fällen der Not helfend einzugreifen.

Es sind dies das Militär, die Polizei und die Regierung, welche von der Verfassung mit mancherlei außerordentlichen Vollmachten ausgestattet ist.

Soweit diese Organisationen zur Beseitigung des Notstandes ausreichen, ist die Nothilfe der Staatsbürger unter allen Umständen verboten; denn kein Staat kann zugeben, daß der Einzelne auf eigene Faust Dispositionen trifft, die zu treffen allein Sache des Staates ist.

Ob die Organisationen zur Beseitigung des Notstandes ausreichen, kann ernstlich nur der Staat selber prüfen, der Einzelne besitzt den erforderlichen Überblick nicht.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die Staatsnothilfe nur dann erlaubt und rechtmäßig ist, wenn der Staat die einzelnen Staatsbürger darum ersucht, oder wenn er von der Gefahr keine Kenntnis hat und auch nicht mehr so rechtzeitig Kenntnis erhalten kann, daß er wirksame Gegenmaßnahmen zu treffen in der Lage ist[52]).

Nachdem bis jetzt die Rechtsgüterkollisionen und ihre Lösung im allgemeinen besprochen worden sind, haben wir uns, insbesondere an Hand der vorliegenden Reichsgerichtsentscheidungen, der Betrachtung einzelner unter sie fallender Fälle zuzuwenden, welche teils allgemeine Bedeutung beanspruchen, teils aber nur in bezug auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts Interessantes bieten.

Der erste derartige Fall ist die auf Grund medizinischer Notwendigkeit erfolgende Schwangerschaftsunterbrechung durch Perforation oder Abtreibung.

---

[51]) Eigenartig Oetker, Ger. S. 97/415, welcher eine Parallele zu § 54 zieht, den Staat als die Gesamtheit der Staatsangehörigen und damit gewissermaßen als „Angehörigen" im Sinne des Gesetzes betrachtet, die Existenz des Staates dem Leben des Einzelnen, seinen ungeschmälerten Besitzstand, seine Wohlfahrt und seine Verfassung dem Leibe der natürlichen Einzelperson gleichstellt.

[52]) Vgl. zu der ganzen Frage RG. 63/215, welche allerdings nur sehr zaghaft zu ihr Stellung nimmt; besonders S. 226.

Es hat wohl fast kaum einen Richter oder Staatsanwalt gegeben, der den die Abtreibung vornehmenden gewissenhaften Arzt für strafbar gehalten hätte; die Schwierigkeit des gegebenen Falles lag also nicht so sehr in der Findung eines praktisch billigen Ergebnisses als vielmehr in seiner rechtlichen Begründung.

Solange das heute geltende Strafgesetzbuch noch nicht in Kraft war, bot diese Begründung keine Schwierigkeit.

Man anerkannte, daß sich die Schwangere in einem Notstande für Leib oder Leben befinde, und erklärte den behandelnden Arzt unter dem Gesichtspunkt der Nothilfe für straflos.

Das Inkrafttreten des Strafgesetzbuches rief eine ungeheure Verwirrung der Geister hervor.

Man sah insbesondere in dem Notstandsparagraphen 54 den Ausdruck des Willens einer erschöpfenden Regelung der Notstandsmaterie und glaubte daher, das ganze Problem nur nach seinen Direktiven behandeln zu müssen.

Da § 54 die Zulässigkeit der Nothilfe auf die Angehörigen des Täters beschränkte, so hielt man den bisher betretenen Weg zur Rechtfertigung des ärztlichen Eingriffes nicht mehr für gangbar und suchte nach neuen Lösungsmöglichkeiten.

Man versuchte, den Arzt als Teilnehmer an der straflosen Notstandshandlung der Schwangeren hinzustellen und seine Straflosigkeit mit dem akzessorischen Charakter der Teilnahme zu begründen, übersah dabei aber, daß die Abtreibung durch den Arzt durch § 218 zu einem selbständigen Delikte gestempelt war.

Andere wieder beriefen sich auf das ärztliche Berufsrecht und auf den Heilzweck, den der Arzt mit seiner Handlung verbinde.

Die Anerkennung dieser Momente als Rechtfertigungsgründe hätte aber doch höchstens dazu führen können, den Eingriff des Arztes in den Körper der Mutter zu rechtfertigen; die Zerstörung des Fötus, eines dritten, unabhängigen Rechtsgutes, kann durch diese Betrachtung des Falles rechtlich nicht gedeckt werden.

Ebenso verhält es sich mit der Rechtfertigung des Arztes durch das Moment der Einwilligung der Schwangeren. Diese vermag zwar den Eingriff in ihren Körper aber niemals den in die Leibesfrucht zu rechtfertigen.

Erst durch die umfassenden Untersuchungen *Bindings* und später *Rudolf Merkels* wurden die mehr oder minder gewaltsamen Lösungsversuche allmählich wieder in richtige Bahnen gelenkt.

Man erkannte die Doppelnatur des Notstandes, die Unzulänglichkeit des § 54 und damit die Möglichkeit, auch die aus seinem Rahmen herausfallenden Fälle wieder unter dem Gesichtspunkt des Notstandes, und zwar eines rechtfertigenden Notstandes, zu entscheiden.

Heute ist wieder allgemein anerkannt, daß die medizinische Notwendigkeit zur Abtreibung oder Perforation einen Fall des Notstandes bildet, und zwar den Fall der Gefahrgemeinschaft.

Was aber diesen Fall kompliziert gestaltet, ist seine Doppelnatur.

Es handelt sich bei ihm nicht nur um die Lösung einer Rechtsgüterkollision, sondern auch um einen Eingriff in den Körper der Mutter, d. h. objektiv um eine Körperverletzung.

Die Lösungsgrundsätze dürfen daher nicht allein dem Gebiete des Notstandes entnommen werden, sondern auch das Rechtsgebiet der Körperverletzung hat seinen Beitrag hierzu zu liefern.

Da eine Körperverletzung, sofern nicht ein ganz besonderes Recht zu ihrer Vornahme besteht, nur zulässig ist, wenn der Verletzte einwilligt, so folgt daraus, daß die ärztliche Schwangerschaftsunterbrechung regelmäßig nur mit Einwilligung der Schwangeren erfolgen darf, daß ihr Fehlen der ärztlichen Handlung den Stempel der Rechtswidrigkeit aufdrückt, mag auch die Kollision selbst richtig und zweckentsprechend gelöst worden sein[53]).

In Fällen von Bewußtlosigkeit der Mutter ist die zu vermutende Einwilligung der tatsächlich erfolgten gleichzustellen; vermutet werden darf die Einwilligung zum ärztlichen Eingriff aber nur, wenn dieser der Rettung der Mutter dienen soll.

Im einzelnen ist die Situation in den verschiedenen Lagen dieser besonderen Gefahrgemeinschaft folgendermaßen zu beurteilen:

Ist die Mutter unter allen Umständen verloren, während das Kind durch eine schnelle, ihren Tod beschleunigende Operation noch gerettet werden könnte, so ist der Eingriff rechtmäßig, wenn die Schwangere ihre Einwilligung dazu erteilt. Widerspricht sie, so ist er unter allen Umständen zu unterlassen. Ebenso hat der Eingriff zu unterbleiben, wenn die Schwangere infolge von Bewußtlosigkeit ihre Einwilligung nicht erteilen kann. Die Präsumption derselben ist angesichts dessen, daß es sich um beschleunigten Tod handelt, ausgeschlossen.

Ist das Kind verloren, oder kann nach der Sachlage entweder Mutter oder Kind gerettet werden, so ist die Perforation, d. h. die Vernichtung des Fötus, zulässig, wenn die Schwangere ihre Einwilligung dazu erteilt. Bei Bewußtlosigkeit der Schwangeren ist die Einwilligung in ihre Rettung unwiderleglich zu präsumieren.

Das Reichsgericht hat sich mit dem vorliegenden Problem kurz nacheinander in zwei Entscheidungen, RG. 61/242 und 62/137, beschäftigt.

[53]) Völlig verkannt wird dies besonders von Radbruch, VDB. 5, S. 174. Die Ansicht des Verfassers wird u. a. geteilt von: Olshausen, § 211, N. 4; § 218, N. 7 I, 7 Ib; Nagler, Festschrift für Binding, S. 383; v. Bar, Gesetz und Schuld III, 287; Mezger, Ger. S. 89, S. 284/287; Heimberger, VDA. 4, S. 74/76; vgl. auch RG. 25/375.

Was diese beiden Entscheidungen über ihren eigentlichen Gegenstand hinaus berühmt gemacht hat, ist die Tatsache, daß das Reichsgericht zum ersten Male seit seinem Bestehen sich ausführlich mit dem Notstandsproblem auseinandersetzt, die Doppelnatur des Notstandes erkennt und die rechtmäßige Lösung der Kollisionen auf das Prinzip des überwiegenden Interesses abstellt. Die medizinische Notwendigkeit zur Unterbrechung der Schwangerschaft wird vom Reichsgericht richtig als ein Fall des Notstandes, und zwar eines „übergesetzlichen Notstandes[54])", begriffen.

Es handelt sich darum, nach einem Rechtfertigungsgrunde für den Eingriff des Arztes zu suchen, welcher der Schwangeren Nothilfe zu leisten hat.

Die Rechtfertigung des Arztes kann nach Ansicht des Reichsgerichts nur im Wege der Ableitung gefunden werden dadurch, daß man zunächst das Verhalten der Schwangeren selbst zu rechtfertigen sucht und alsdann ihrer Einwilligung in den ärztlichen Eingriff eine auch den helfenden Arzt rechtfertigende Kraft zuschreibt.

Das Reichsgericht verfällt hierbei in den schon auf S. 45 gerügten Fehler, die Nothilfe grundsätzlich als Teilnahme an der Notstandshandlung zu betrachten.

In Wahrheit stellt sich aber die ärztliche Hilfeleistung gerade umgekehrt selten oder nie als Teilnahmehandlung dar, denn der Patient, welcher operiert werden soll, verhält sich regelmäßig passiv.

Den theoretischen Fehler macht das Reichsgericht praktisch insofern wieder gut, als es sich von dem vorher angekündigten Gedankengange tatsächlich nicht leiten läßt, sondern die Handlung des Arztes im großen und ganzen für sich betrachtet.

Rechtmäßig ist ihm eine Handlung, welche das minderwertvolle Rechtsgut zerstört, um das höherwertige zu erhalten; auf den vorliegenden Fall übertragen, welche das kindliche Leben vernichtet, um das der Mutter zu retten.

Daß es hierzu aber der Einwilligung der Mutter bedarf, ist angesichts dessen, daß es sich auch um einen Eingriff in ihren Körper handelt, selbstverständlich.

Das Vorliegen dieser beiden eben erwähnten objektiven Voraussetzungen genügt aber zur Rechtfertigung der ärztlichen Handlung noch nicht.

RG. 61/242, S. 256, macht den Rechtfertigungsgrund des „übergesetzlichen Notstandes" für den Arzt noch davon abhängig, daß dieser auch die Befähigung zur Beurteilung der Voraussetzungen des Gutsnotstandes besitze.

---

[54]) Der Ausdruck ist in RG. 62/137 geprägt worden und hat sich seitdem eingebürgert.

Darüber hinaus verneint RG. 62/137, S. 138, das Vorliegen des Rechtfertigungsgrundes in jedem Fall, wenn der Arzt nicht vor seiner Handlung das Vorliegen eines wirklichen Notstandes gewissenhaft geprüft hat.

Selbst der tatsächlich vorhandene Notstand und die Zweckmäßigkeit des Eingriffs sollen in diesem Falle den Arzt vor Strafe nicht schützen.

Wie bedenklich diese Entscheidung ist, haben wir bereits auf S. 44 erörtert, so daß sich an dieser Stelle ein näheres Eingehen auf sie erübrigt[55]).

Wenn wir uns nun der Besprechung der einzelnen den übergesetzlichen Notstand betreffenden Reichsgerichtsentscheidungen zuwenden, so müssen wir allgemein feststellen, daß verhältnismäßig sehr wenig Notstandsfälle vor das Forum des höchsten Gerichtshofes gelangt sind.

Dies darf nicht etwa als ein Beweis für das seltene Vorkommen von Notstandsfällen gewertet werden, es ist vielmehr ein Beweis dafür, daß Anklage- und Gerichtsbehörden in gesunder Lebensanschauung solche Fälle von vornherein nicht verfolgen, bei denen die Bestrafung des Täters dem Rechtsgefühl widerstreiten würde.

Das Vorliegen eines Notstandes ist in den älteren Reichsgerichtsentscheidungen fast durchweg nicht erkannt worden; erst seit der bahnbrechenden Entscheidung RG. 61/242 erhalten die vorkommenden Fälle den ihnen zukommenden Platz im System.

Die erste in Frage kommende Reichsgerichtsentscheidung, welche sich mit dem Problem des übergesetzlichen Notstandes, wenn auch offenbar völlig unbewußt, befaßt, ist die Entscheidung RG. 10/274.

Ihr liegt folgender Fall zugrunde:

Der Angeklagte hatte, um auf ein gegen ihn ergangenes Strafurteil wegen Diebstahls das Wiederaufnahmeverfahren und damit seine Rehabilitierung zu ermöglichen, wissentlich unwahr eine Zeugin des früheren Prozesses der falschen Aussage bezichtigt.

Es handelt sich in diesem Falle um eine Rechtsgüterkollision, bei welcher auf der einen Seite die Ehre einer Person, auf der anderen je nachdem die Ehre oder ein anderes Rechtsgut beteiligt sein kann.

Wenden wir die früher gegebenen Lösungsprinzipien auf diesen Fall an, so ist von vornherein soviel klar, daß die falsche An-

[55]) Eine sehr ausführliche Kritik der beiden Reichsgerichtsentscheidungen findet sich bei Eberh. Schmidt, ZStW. 49/350 ff., auf die besonders zu verweisen ist; vgl. ferner J. Goldschmidt, JW. 56, 2022 ff., und zu dem Problem der Schwangerschaftsunterbrechung überhaupt u. a. Wessely, Notstand, 28 f.; Janka, Notstand 262, Heimberger, Über die Straflosigkeit der Perforation, 1889; Sippel, Über die Berechtigung der Vernichtung des kindlichen Lebens zur Rettung der Mutter, 1902; Radbruch, Geburtshilfe und Strafrecht, 1907, VDB. V, 159 ff.; van Calker, Frauenheilkunde und Strafrecht, 1908.

schuldigung jedenfalls dann rechtswidrig ist, wenn sich der Anzeigende der Tat, derentwegen er verurteilt oder angeklagt wurde, wirklich schuldig gemacht hat. Denn dann steht seine Ehre oder sein geldwertes Rechtsgut gegen die Ehre des anderen zurück.

Aber auch der unbescholtene Staatsbürger darf, sofern für ihn nicht etwa ein unersetzliches, überaus wertvolles Gut wie z. B. das Leben in Frage steht, niemals einen anderen wider besseres Wissen einer strafbaren Handlung beschuldigen. Er verletzt damit grundsätzlich das Interesse der Rechtsordnung an der Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens.

Das Reichsgericht hatte im vorliegenden Fall den Angeklagten verurteilt; es hielt sein angriffsweises Vorgehen nicht für zulässig.

Dagegen ist in der Entscheidung der sehr bedenkliche Gedanke ausgesprochen, daß man zum Zwecke seiner Rechtsverteidigung einen anderen einer strafbaren Handlung bezichtigen dürfe, ohne deshalb eine Bestrafung fürchten zu müssen.

Zu einer solchen Entscheidung konnte das Gericht eben nur kommen, weil es den für den Notstand geltenden Grundsatz der Güterabwägung übersah.

Der Fall einer Kollision zwischen einem Rechtsgute und einer Rechtspflicht ist in RG. 13/60 behandelt.

Ein Arzt hatte, um nachteiligen Gerüchten über die Höhe seiner Forderung entgegenzutreten, die betreffende spezifizierte Rechnung, welche genauen Aufschluß über die Krankheit seines Patienten gab, in einem Wirtshause offen zur Einsicht jedermanns ausgelegt.

Daß die ärztliche Schweigepflicht keine absolute ist, haben wir bereits dargelegt. (S. 31, 32.)

Ebensogut wie eine andere Pflicht kann ihr auch ein Rechtsgut in Kollision gegenübertreten.

Die Wahrung des Rechtsgutes unter Verletzung der Schweigepflicht ist zulässig, wenn das Rechtsgut einen erheblich höheren Wert hat, als das der Pflicht zugrundeliegende Interesse; denn dann wird man die Handlung des Arztes regelmäßig nicht mißbilligen können.

Der Arzt konnte also, wie auch das Reichsgericht ausführt, sehr wohl ein Recht zur Offenbarung haben, wenn es galt, seine Berufsehre zu schützen.

Über die Notwendigkeit und Zulässigkeit des eingeschlagenen Weges läßt sich streiten, und an diesem Moment scheiterte im gegebenen Falle der Freispruch des Angeklagten.

Den beiden Entscheidungen RG. 10/42 und RG. 21/168 liegt der Tatbestand des § 167 StGB. zugrunde.

In beiden Fällen fühlte sich ein Teilnehmer am Gottesdienste durch ungehörige Bemerkungen des Pfarrers verletzt und wies dieselben auf der Stelle zurück.

Hierin erblickte die Anklage den Tatbestand des § 167 StGB. Während gegenüber dem Geistlichen der Zustand der Notwehr begründet ist, befindet sich der Handelnde der Gemeinde gegenüber, deren Andacht er stört, im Notstande; seine Abwehrhandlung ist daher unter diesem Gesichtspunkt zu beurteilen.

Eine vernünftige Güterabwägung führt hier zu dem Resultat, daß die Störung des Gottesdienstes dann jedenfalls zulässig ist, wenn die Bemerkungen des Geistlichen derart ungehörig und ehrverletzend sind, daß dem durch sie Betroffenen ihre stillschweigende Duldung nicht zugemutet werden kann.

In solchem Falle ist der durch § 167 StGB. erfolgende Schutz der Andacht der Gemeinde niedriger zu bewerten als die Ehre des Angegriffenen, denn die Andacht der Teilnehmer am Gottesdienst ist durch das ungehörige Verhalten des Pfarrers ohnehin gestört.

Derselbe Gedanke ist, allerdings ohne irgendwelchen Hinweis auf Notstand, in RG. 10/42 ausgesprochen.

Dagegen erklärt RG. 21/168 unter völliger Verkennung der Sachlage die Störung der Gemeinde schlechthin für unerheblich.

Einen Notstandsfall, der in der Art seiner Behandlung an die neueren Reichsgerichtsentscheidungen erinnert, enthält RG. 23/116.

In einer Wirtschaft waren Gäste miteinander in Streitigkeiten geraten, welche schließlich in eine Schlägerei ausarteten.

Die Angegriffenen suchten sich mit Biergläsern und Bierkrügen zu verteidigen.

Der Wirt, welcher hierin einen rechtswidrigen Angriff auf sein Eigentum sah, gab auf die sich mit seinen Gläsern Wehrenden mehrere Revolverschüsse ab und verletzte einen von ihnen schwer.

Seine Berufung auf Notwehr zum Schutze seines Eigentums hatte keinen Erfolg.

Das Reichsgericht sieht den Angriff der Gäste auf das Eigentum des Wirts nicht als einen rechtswidrigen Angriff im Sinne des § 53 StGB. an.

Der Mangel der Rechtswidrigkeit wird zwar ausdrücklich aus der fehlenden Verschuldung der Gäste hergeleitet, letzten Endes ist es aber doch, wie die weiteren Ausführungen zeigen, der auffallende Wertunterschied der wahrgenommenen Interessen, welcher das Reichsgericht bei seiner Entscheidung bestimmt.

Die Gegenwehr des Eigentümers hält das Reichsgericht nicht unbedingt sondern nur dann für zulässig, wenn das Eigentum im Vergleiche mit der dem Notstandsberechtigten drohenden Gefahr einen so beträchtlichen Wert besitzt, daß jenem nicht zugemutet werden kann, dasselbe ungeschützt zu lassen.

Die Entscheidung ist ganz im Sinne des § 904 BGB. gefällt zu einer Zeit, in der uns noch 8 Jahre von dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches trennten.

Einen Fall des Notstandes enthält § 193 StGB., die Beleidigung zur Wahrnehmung berechtigter Interessen.

Dem Interesse des Täters steht hier das Rechtsgut der Ehre eines anderen gegenüber.

Bei der Beantwortung der Frage, welches Interesse als berechtigt anzusehen sei, wird eine Abwägung der beiden kollidierenden Güter stattzufinden haben; es geht z. B. nicht an, um ganz belangloser Interessen willen einem anderen grobe Beleidigungen zuzufügen.

Dagegen verbietet sich die strikte Anwendung des für den übergesetzlichen Notstand geltenden Prinzips des überwiegenden Interesses durchaus, denn wollte man nur ein solches Interesse als berechtigt anerkennen, welches einen höheren Wert hat als die Ehre, so würde bei der hohen Bedeutung, welche der Ehre im geltenden Recht zukommt, der § 193 entgegen dem Willen des Gesetzgebers fast nie anwendbar sein[56]).

Ein Fall des übergesetzlichen Notstandes findet sich noch in RG. 62/35[57]), jedoch enthält die Entscheidung keinerlei neue, erwähnenswerte Gesichtspunkte.

Viertes Kapitel.

§ 9. Die weiteren Voraussetzungen der Notstandsstraflosigkeit.

Die wesentlichsten Momente, welche zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit oder Entschuldbarkeit einer Notstandshandlung dienen, sind in den vorigen Kapiteln eingehend gewürdigt worden.

Ihr Vorliegen gibt aber noch keinen vollen Aufschluß über das Wesen der konkreten Notstandshandlung.

Bei der einschneidenden Bedeutung des Notstandsproblems für das Rechtsleben, bei den Gefahren, die anerkanntermaßen in einer zu weitgehenden Zulassung der Notstandshandlung liegen, bedarf es der Klärung noch manches Punktes, bedarf es noch mancher Voraussetzung, bis das Urteil der Rechtmäßigkeit oder Entschuldbarkeit mit einiger Sicherheit über die Notstandshandlung gefällt werden kann.

I. Nur erheblicher Notstand kann das Tun des Bedrohten rechtfertigen oder entschuldigen. Geringe Not rechtfertigt den Eingriff in fremde Rechtsgüter nie.

Für den übergesetzlichen Notstand folgt dies aus dem Prinzip des überwiegenden Interesses.

---

[56]) So auch RG. 3/303, 15/15; 19/238; 26/18; 42/441; offenbar entgegengesetzt im Sinne der eben abgelehnten Anschauung neuerdings RG. 62/83; 63/202; 64/10.

[57]) Ruhreinbruch. Kollision fiskalischer Interessen und der Wirtschaft des besetzten Gebietes.

Die Verletzung fremder Interessen um geringer Not willen steht mit dem Willen der Rechtsordnung nicht in Einklang.

Der Rechtsfriede wäre aufs äußerste bedroht, wenn ein jeder die kleinen Sorgen des Alltags auf andere abwälzen dürfte.

Nur im Falle der Gefahrgemeinschaft ist das Erfordernis der Erheblichkeit des Notstandes nicht zu verlangen.

Denn wo beide Rechtsgüter in Gefahr sind unterzugehen, da kann die Rettung des einen unmöglich deshalb rechtswidrig sein, weil der Wert beider Güter nur ein geringer war.

Die gesetzlichen Notstandsbestimmungen stellen das Moment der Erheblichkeit des Notstandes nicht ausdrücklich als Voraussetzung für die Zulässigkeit der Notstandshandlung auf.

Hier führt die richtige Formulierung des Begriffes der Gefahr, deren Vorliegen für ein Rechtsgut von allen in Frage kommenden Bestimmungen verlangt wird, zu demselben Ergebnis wie in den Fällen des übergesetzlichen Notstandes.

Gefahr für ein Rechtsgut kann nur da als vorliegend erachtet werden, wo diesem ein nicht ganz unerheblicher Schade droht[58]).

II. Die Notstandshandlung muß, wenn ihre Zulässigkeitserklärung überhaupt in Betracht gezogen werden soll, zur Rettung aus einer gegenwärtigen, anders nicht zu beseitigenden Gefahr des Täters gedient haben.

Gefahr ist ein Zustand, durch welchen ein Rechtsgut in nicht ganz unerheblicher[59]) Weise in seiner ungestörten Existenz bedroht wird.

Mitunter hört man die Gefahr als einen Zustand definieren, aus dem sich für ein sachkundiges Urteil die naheliegende Möglichkeit einer Verletzung ergibt[60]).

Zur Beantwortung der Frage, ob eine Gefahr für ein Rechtsgut vorliegt oder vorgelegen habe, wird in der Tat sehr oft eine genaue Sachkunde gehören.

Im Prozesse wird daher häufig das sachkundige Urteil gar nicht zu entbehren sein, es wird vielfach eine direkt ausschlaggebende Rolle spielen müssen.

Aber im Gefahrbegriff selbst hat das Moment der Sachkunde keinerlei Daseinsberechtigung.

---

[58]) Das Vorliegen eines erheblichen Notstandes verlangen u. a. ausdrücklich: Oetker, VDA. II, S. 328 ff.; Baumgarten, Notstand und Notwehr, 1911, S. 67; Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit II, 1, 1905, S. 117, 121; Rud. Merkel, Die Kollision rechtmäßiger Interessen, 1895, S. 25 ff.; Georg Bauer, Der strafrechtliche Notstand usw., Diss., Würzburg, 1902, S. 52; Köhler, Der Notstand im künftigen Strafrecht, 1926, S. 10 ff.

[59]) Vgl. RG. 36/334.

[60]) So z. B. Frank, Komm., S. 9; Rotering, ZStW. 23/358; North, Nothilfepflicht, 1906, S. 35; Mezger, a. a. O., S. 36.

Gefahr ist ein rein objektiver Zustand, welcher mit dem Zusammentreffen gewisser Umstände einfach gegeben ist.

Gefahr besteht auch dann, wenn sich ein sachkundiger Beurteiler über ihr Vorliegen täuscht[61]).

Für den Notstand wird gegenwärtige Gefahr verlangt.

Dieses Erfordernis darf nicht dahin verstanden werden, daß die Gefahr unmittelbar bevorstehen muß, um die Notstandshandlung zu rechtfertigen.

Gegenwärtig ist eine Gefahr auch dann, wenn das schädigende Ereignis zwar erst in Zukunft droht, aber gerade im vorliegenden Moment die letzte Möglichkeit besteht, den Eintritt des zukünftigen Schadens zu verhindern.

Gegenwärtige Gefahr ist also eine solche, welche ein längeres Zuwarten nicht zuläßt[62]).

Die im vorliegenden Text vertretene Anschauung entspricht der Ansicht des Reichsgerichts.

RG. 59/69 bezeichnet die Einsturzgefahr eines Hauses als gegenwärtig, auch wenn das schädigende Ereignis vielleicht erst in Monaten droht.

Das Urteil des zweiten Strafsenates II 191/21 vom 3. April 1922 erblickt in den Wühlereien aufruhrlustiger Elemente und in der dadurch entstehenden allgemeinen Unsicherheit eine gegenwärtige Notstandsgefahr für die friedliebenden Bewohner des Gebietes.

Die Roheit eines Familienmitgliedes kann nach RG. 60/318 „für die Familie einen dauernden Gefahrzustand entstehen lassen, wenn nach dem erfahrungsmäßigen Lauf der Dinge eine an Gewißheit grenzende Wahrscheinlichkeit vorliegt, daß es sich aus geringstem Anlaß oder selbst ganz ohne solchen zu schweren Mißhandlungen seiner Angehörigen hinreißen läßt, deren erfolgreiche Abwehr diesen dann nach Lage der Umstände nicht mehr möglich ist[63])".

Auch beim Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr ist die Notstandshandlung nur dann zulässig, wenn sie das einzige Mittel ist, um der Gefahr zu entgehen.

Kann sich z. B. der Bedrohte durch Flucht retten, so hat er unbedingt diesen Weg zu wählen; denn die Rechtsordnung gestattet den Eingriff in fremde Rechte nur im äußersten Notfall[64]).

---

[61]) Vollends abzulehnen ist nach dem Gesagten der subjektive Gefahrbegriff, wie er sich z. B. bei v. Buri, Ger. S. 40/503 ff., 44/321 ff.; Finger, Der Begriff der Gefahr, 1889, findet. (Vgl. dagegen an neueren Autoren besonders Kisch, Handbuch des Privatversicherungsrechts, 1920, S. 1 ff.; v. Weber, Das Notstandsproblem, 1925, S. 24; Frank, Komm., 1929, S. 10.

[62]) So Köhler, Der Notstand im künftigen Strafrecht, 1926, S. 10.

[63]) Die sonstige mit den hier gegebenen Beispielen übereinstimmende Stellungnahme des RG. vgl. in den Entscheidungen 36/334; 41/214; 43/342; 54/338; besonders 61/242 (255); Goltd. Arch. 59/471.

[64]) Vgl. RMG. 21/189.

Im Falle des § 52 Abs. 1 ist für den Bedrohten regelmäßig die Möglichkeit der Notwehr gegen den Drohenden gegeben.

Die Gefahr ist also regelmäßig zunächst durch die Unschädlichmachung des Drohenden zu beseitigen, und nur, wenn dies tatsächlich nicht zu erreichen ist, kann die Vornahme der Notstandshandlung in Frage kommen.

In der Forderung, daß die Notstandshandlung das einzige Mittel zur Beseitigung der Gefahr sein müsse, liegt zugleich die Forderung nach der Wirksamkeit des angewendeten Mittels.

Die Anwendung eines ungeeigneten Mittels begründet nie die Berufung auf Notstand.

So kann ein Familienvater, der seine Kinder tötet, weil er sie nicht mehr ernähren kann, niemals geltend machen, daß er im Notstande gehandelt habe.

Unter mehreren Rettungswegen ist derjenige zu wählen, welcher am wenigsten in eine fremde Rechtssphäre schädigend eingreift, denn nur dieser bildet das einzige unumgängliche Mittel zur Beseitigung der Gefahr.

III. § 54 StGB. gewährt dem Notstandstäter Straflosigkeit nur dann, wenn dieser unverschuldet in den Notstand geraten war.

In der Tat liegt ja auch die Frage sehr nahe, ob Verschulden der Notstandssituation das Privileg der Straflosigkeit der Notstandshandlung zu beseitigen vermag; sie wird daher eingehender zu untersuchen sein.

Im Gegensatz zu § 54 stellt § 52 Abs. 1 StGB. das Erfordernis des unverschuldeten Notstandes nicht auf.

Es ergibt sich damit das Kuriosum, daß wir in zwei völlig gleich gelagerten Fällen zu einer verschiedenen Entscheidung gezwungen sind.

Diese verschiedenartige Behandlung des Notstandes durch den Gesetzgeber ist, wie wohl allgemein anerkannt wird, durch nichts zu rechtfertigen. Die Erkenntnis darf aber nicht dazu führen, schon jetzt eine Regelung als bestehend anzunehmen, welche man im Interesse der Rechtseinheit wünscht.

Wer einen solchen Weg einschlägt, verstößt damit gegen einen Fundamentalsatz des Strafrechts, den § 2 StGB.[65]).

Nach § 228 BGB. schließt ein Verschulden des Täters die Rechtmäßigkeit seiner Notstandshandlung nicht aus.

Die einzige an das Verschulden der Notstandssituation geknüpfte Folge ist die sonst fortfallende Verpflichtung zum Schadensersatze.

Auch nach § 904 BGB. ist eine Verschuldung des Notstandes auf die Rechtmäßigkeit der Notstandshandlung ohne Einfluß.

---

[65]) a. A. Binding, I, 769; v. Liszt, Lehrbuch, 21./22. Aufl., § 34, deren Ausführungen de lege ferenda sehr beachtenswert, de lege lata indessen nicht zu halten sind.

Dieser sonst allgemein anerkannten Anschauung ist von *Bauer*[66]) widersprochen worden.

Es ist zuzugeben, daß die Tendenz des § 904 dem Notstande nicht sehr günstig ist, und daß man aus diesem Grunde schließlich annehmen könnte, der Gesetzgeber habe sicherlich bei Verschulden des Täters die Rechtmäßigkeit der Notstandshandlung ausschließen wollen.

Es ist indes zu bedenken, daß § 904 die Vornahme der Notstandshandlung überhaupt nur dann gestattet, wenn der dem Täter drohende Schaden im Vergleiche zu dem des Eigentümers der Sache unverhältnismäßig groß ist.

Gerade hierbei handelt es sich aber um Fälle, in welchen uns trotz Verschuldens des Täters die Vornahme der Notstandshandlung gegen Entschädigung des Sacheigentümers tragbar erscheint.

In den Fällen der gesetzlich nicht geregelten Rechtsgüterkollisionen ist, wie wir schon des weiteren ausgeführt haben, die Notstandshandlung nur dann rechtmäßig, wenn dem Täter ohne ihre Vornahme ein so großer Schade droht, daß die Weigerung des anderen Teils, sein minderwertvolles Rechtsgut gegen Entschädigung zu opfern, allgemein schärfste Mißbilligung verdient.

Gerade diese Beschränkung der Zulässigkeit der Notstandshandlung auf die krassesten Fälle läßt uns aber ihre Vornahme auch dort als angängig erscheinen, wo die Situation vom Täter schuldhaft herbeigeführt worden ist.

Besondere Grundsätze sind für die Gefahrgemeinschaft aufzustellen.

Wir betrachten zunächst den Fall, in welchem eines der beiden Rechtsgüter (das des Gegners) unbedingt verloren ist.

Die Rettung des einen Rechtsgutes durch die Beschleunigung des Unterganges des anderen kann hier vernünftigerweise auch dann nicht verboten werden, wenn die Notstandssituation vom Täter verschuldet war.

Jedoch schließt die Rechtmäßigkeit der Notstandshandlung selbst nicht aus, daß der Täter unter anderen Gesichtspunkten deshalb bestraft wird, weil er schuldhaft eine gefährliche Situation herbeiführte, in der er nicht anders handeln konnte[67]).

Ist in der Gefahrgemeinschaft keines der beiden Rechtsgüter unbedingt verloren, so ist die Vernichtung eines von ihnen dann zulässig, wenn gerade durch sie die Wahrscheinlichkeit einer Rettung des anderen erhöht wird, und der Wert des zu vernichtenden

---

[66]) Bauer, Der strafrechtliche Notstand usw., Diss., Würzburg, 1902, S. 47/48.

[67]) z. B. § 222 StGB.

Rechtsgutes nicht ganz wesentlich höher ist als der des zu erhaltenden[68]).

Hinsichtlich der Verschuldensfrage sind hier vier Fälle einander gegenüberzustellen.

1. Die Wahrscheinlichkeit der Rettung und der Wert beider Güter sind gleich groß.

Die Vornahme der Notstandshandlung ist dem untersagt, welcher die Situation schuldhaft herbeiführte. Denn hier kann und muß ihm zugemutet werden, daß er selbst die vollen Folgen seiner Handlungsweise trägt.

2. Die Wahrscheinlichkeit der Rettung ist bei beiden Gütern gleich groß, das Rechtsgut des Täters hat aber im Vergleich zu dem des Gegners einen außerordentlichen Wert.

Die Vornahme der Notstandshandlung bleibt auch bei Verschulden der Notstandssituation rechtmäßig. Der Gegner ist voll zu entschädigen.

3. Es besteht größere Wahrscheinlichkeit für die Rettung des Rechtsgutes des Täters; der Wert beider Güter ist gleich groß.

Die Notstandshandlung darf vorgenommen werden, aber der Gegner ist zu entschädigen.

4. Dieselbe Situation wie in 3; der Wert des Rechtsgutes des Täters ist bedeutend höher.

Hier ergibt sich dieselbe Entscheidung wie im Falle 3.

Ist die Wahrscheinlichkeit größer, daß das Rechtsgut des Gegners gerettet wird, oder ist sein Rechtsgut erheblich wertvoller als das des Täters, so ist schon im Verfolg des auf S. 40 gegebenen Lösungsprinzips die Vornahme der Notstandshandlung verboten, gleichgültig ob die Situation verschuldet war oder nicht.

Besondere Erwähnung verdient der Fall, daß der Täter vorsätzlich die Notstandssituation herbeiführte, um unter dem Deckmantel des Notstandes ein fremdes Rechtsgut zerstören zu können.

Hier ist ohne Rücksicht auf den Wert der Güter und die Größe der etwa entstehenden Schäden die Notstandshandlung stets rechtswidrig.

Denn es handelt sich bei ihr um einen rechtswidrigen Angriff auf fremdes Gut, der nur mit dem Mittel des Notstandes geführt, fortgesetzt wird.

Im Falle der Pflichtenkollision handelt der Täter rechtmäßig, wenn er von zwei gleichwertigen Pflichten eine, von zwei verschiedenwertigen die höhere erfüllt.

Die Sachlage ändert sich indes, wenn der Täter die Kollision selbst schuldhaft herbeigeführt hat. Alsdann ist er wegen Nichterfüllung der einen Pflicht zu bestrafen, auch wenn er sich an das gegebene Lösungsprinzip gehalten hat.

---

[68]) Siehe S. 40.

Folgende Erwägung ist für diese Entscheidung maßgebend.

Vor dem Eintritt der Kollision will die Rechtsordnung die Erfüllung beider Pflichten.

Gegen diesen Willen handelt der Täter in dem Augenblick, in welchem er schuldhaft die Ursache für die spätere Unmöglichkeit der Pflichterfüllung setzt.

Daß die Rechtsordnung in der Kollision selbst den Befehl erteilt, wenigstens die eine oder die höhere Pflicht zu erfüllen, ist nur die Folge des Zwanges, den der Täter durch sein früheres Verhalten auf sie ausübt.

Wenn er auch jetzt dem Befehl nachkommt, so vermag dies die Tatsache, daß er die Rechtsordnung zur Erteilung des ihr unliebsamen Befehls gezwungen hat, nicht aus der Welt zu schaffen.

Und deshalb ist er zu bestrafen, nicht, weil er später durch korrektes Handeln ein noch größeres Übel verhütet hat.

Zur Notstandsverschuldung selbst ist dreierlei erforderlich.

1. Der Täter muß den Notstand verursacht haben.

Es ist nicht die Aufgabe dieser Abhandlung, die einzelnen Kausaltheorien kritisch zu behandeln. Es sei nur kurz bemerkt, daß Verursachung des Notstandes nicht schon dann vorliegt, wenn das Handeln des Täters irgendeine Bedingung für seinen Eintritt gewesen ist[69]); selbst dann noch nicht, wenn es eine condicio sine qua non war.

Die Handlung des Täters muß eine solche Bedingung gewesen sein, welche nach den geltenden Erfahrungsgrundsätzen allgemein zur Herbeiführung solcher Erfolge, wie geschehen, geeignet ist.

Ein Beispiel mag das näher erläutern:

Der Täter hat den Notstand verursacht, wenn er vorsätzlich Brand stiftet, und nun, um sich zu retten, den Eigentümer des brennenden Hauses von der Leiter stoßen muß.

Von einer Verursachung des Notstandes kann dagegen keine Rede sein, wenn der Täter beim Diebstahl im Hause vom Feuer überrascht wird, und nun der eben geschilderte Zustand eintritt.

2. Zur Verursachung des Notstandes muß hinzukommen, daß der Täter entweder den Erfolg seiner Handlungsweise vorausgesehen hat, oder ihn bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte voraussehen müssen.

3. Fehlt es an einem der zu 1) und 2) genannten Erfordernisse, so kann von Notstandsverschuldung niemals die Rede sein.

Ihr Vorliegen ist aber andererseits auch nicht genügend, um die Bezeichnung einer Notstandshandlung als verschuldet zu rechtfertigen.

---

[69]) a. A. z. B. v. Buri, Die Kausalität, 1873; und besonders das Reichsgericht: vgl. RG. 54/349; 56/343 (348); 59/107 (110); 61/318.

Trotz Verursachung des Notstandes, trotz Voraussehbarkeit des Erfolges kann man dann von Notstandsverschuldung nicht sprechen, wenn der Täter berechtigt oder gar verpflichtet war, den gefährlichen Zustand herbeizuführen.

M. a. W., das Moment der Pflichtwidrigkeit spielt eine gewichtige Rolle bei der Beurteilung der Notstandsverschuldung mit.

Wenn auch der Täter vorsätzlich oder fahrlässig den schädlichen Erfolg herbeiführte, so handelt er doch nur dann schuldhaft, wenn ihm der Vorwurf eines pflichtwidrigen Handelns gemacht werden kann.

Einen Notstand verschulden heißt nach alledem: in zurechenbarer Weise dessen Ursache sein[70]).

In einigen Fällen der Notstandsverschuldung ist, wie erwähnt, dem Täter die Vornahme der rettenden Handlung verboten.

Nimmt er sie trotzdem vor, so entsteht die Frage, ob er wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Begehung des Deliktes zu bestrafen ist.

Im allgemeinen wird diese Frage mit der Frage der Notstandsverschuldung selbst verquickt und die Behauptung aufgestellt, der Täter sei wegen vorsätzlicher Begehung des Deliktes zu strafen, wenn er den Notstand vorsätzlich, wegen fahrlässiger Begehung, wenn er ihn fahrlässig verursacht habe.

Diese Ansicht kann nicht als richtig anerkannt werden. Ein Zusammenhang zwischen den beiden Fragen besteht bei der Rechtsgüterkollision tatsächlich nicht. Die Notstandshandlung ist für sich allein zu betrachten.

Jede Notstandshandlung wird in der ausgesprochenen Absicht vorgenommen, den eingetretenen Erfolg auch wirklich herbeizuführen.

Verbindet sich damit das Bewußtsein des Täters, etwas Pflichtwidriges zu tun, so ist die vorsätzliche Verübung der Notstandshandlung gegeben, ohne Rücksicht darauf, ob etwa die Herbeiführung der Situation nur auf Fahrlässigkeit beruht.

Der Vorsatz des Täters ist bei der Notstandshandlung also nur ausgeschlossen, wenn dieser das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit seines Tuns nicht hatte, also etwa glaubte, einen Rechtsgrund für die Vornahme seiner Handlung zu besitzen.

---

[70]) Übereinstimmend besonders Binding I, 777; Broglio, Der strafrechtliche Notstand, 1927, S. 9, 52 ff.; RG. 36/334 (341), wo ein Verschulden der Ehegatten, die trotz Kenntnis von der Gefährlichkeit der Schwangerschaft im gegebenen Falle den Beischlaf vollziehen, grundsätzlich verneint wird. Auf das Moment der Pflichtwidrigkeit wird sonst allgemein zu wenig Wert gelegt; vgl. z. B. Frank, Komm., S. 166; v. Liszt, § 42; Auer, Der strafrechtliche Notstand, 1903, S. 11; Würzburger, Das Recht des strafrechtlichen Notstandes, 1903, S. 53 ff.; v. Weber, Das Notstandsproblem, 1925, S. 38 ff.

In diesem Falle bleibt die Prüfung einer etwaigen fahrlässigen Begehung des Delikts vorbehalten.

Also trotz vorsätzlicher Herbeiführung der Notstandssituation kann die Notstandshandlung nur fahrlässig begangen sein, und umgekehrt schließt fahrlässige Notstandsverursachung den Vorsatz bei der demnächstigen Notstandshandlung nicht aus[71]).

Daß bei der Strafzumessung der Notstand in weitestem Maße als Milderungsgrund in Betracht zu ziehen ist, soll nur deshalb kurz erwähnt werden, weil einige Schriftsteller in der von uns vertretenen Ansicht eine schwere Unbilligkeit erblicken, die ihnen nicht tragbar erscheint[72]).

Bei der Pflichtenkollision muß anders entschieden werden wie bei den Rechtsgüterkollisionen.

Hier ist der Ansicht zuzustimmen, welche wir dort ablehnen mußten, daß nämlich vorsätzliche Herbeiführung der Kollision die Bestrafung wegen Vorsatzes, fahrlässige Herbeiführung die Bestrafung wegen Fahrlässigkeit erfordert.

Diese unterschiedliche Behandlung rechtfertigt sich aus dem Wesensunterschied, der zwischen Pflichtenkollision und Rechtsgüterkollision ungeachtet ihrer Zusammenfassung unter dem Oberbegriff des Notstandes besteht.

Bei der Rechtsgüterkollision ist dem Bedrohten stets die Möglichkeit gegeben, anders zu handeln, den Eingriff in die fremde Rechtssphäre zu unterlassen und sein Rechtsgut untergehen zu lassen.

Er muß in vielen Fällen so handeln, wenn er den Notstand verschuldet hat.

Tut er das nicht, so ist er nicht etwa deshalb zu bestrafen, weil er die gefährliche Situation herbeiführte — die Gefährdung der eigenen Person ist ja auch regelmäßig strafrechtlich unbeachtlich — sondern weil er sich in ihr so verhalten hat, wie es die Rechtsordnung im gegebenen Falle nicht billigen konnte.

Ganz anders liegen die Verhältnisse bei der Pflichtenkollision.

---

[71]) Übereinstimmend Binding I, 779.

[72]) So z. B. Würzburger, S. 57: „Ungerecht wäre es ja doch, denjenigen, der mit und durch Außerachtlassung jedweder Sorgfalt den Tod eines Menschen verursacht, nur wegen fahrlässiger Tötung zu bestrafen, dem aber die volle Strafe wegen vorsätzlicher Tötung aufzuerlegen, der zwar durch dieselbe Nachlässigkeit denselben Erfolg herbeiführt, aber mit dem Unterschiede, daß er eine andere Art gewählt, daß er erst mit Hilfe eines Notstandes zum Totschläger geworden ist.“ Dieser scheinbaren Unbilligkeit wird durch folgende Erwägungen die Spitze abgebrochen: § 211 StGB. scheidet aus, das Moment der Überlegung ist bei der im Notstande begangenen Tat grundsätzlich zu verneinen. Im übrigen entscheidet § 213 StGB.

Ist die Kollision einmal herbeigeführt, so ist eine bestimmte Lösung derselben, d. h. die Nichterfüllung einer ganz bestimmten Pflicht, dem Täter bindend anbefohlen.

Die Nichtbeachtung dieses Befehles würde den Täter zum zweitenmal rechtswidrig handeln lassen.

Den Befehl, eine Pflicht unerfüllt zu lassen, erteilt die Rechtsordnung aber nicht freiwillig; sie ist dazu durch das Verhalten des Täters gezwungen worden und muß ihn geben, um einen noch größeren Schaden für sich zu verhüten.

Der Täter verstößt also bei der Pflichtenkollision nicht in dem Augenblicke gegen das Recht, in welchem er die Lösung derselben vornimmt, eine bestimmte der Pflichten unbeachtet läßt, sondern dann, wenn er die Ursache zur Entstehung der Kollision schuldhaft setzt.

In diesem Augenblicke macht er sich die vom Recht gewollte Erfüllung beider Pflichten unmöglich, hier ist bereits eine der beiden Pflichten schon so gut wie nicht erfüllt, und darum ist dieser Moment für die Beurteilung der Schuldfrage der entscheidende[73]).

IV. Vorliegend ist die Frage zu prüfen, ob der Täter das Bewußtsein von dem Vorliegen der Notlage haben muß, um sich mit Erfolg auf Notstand berufen zu können.

Die Frage, ob auch derjenige straflos zu lassen ist, für welchen das Moment der Not bei einer Rechtsgüterverletzung gar nicht ausschlaggebend war, ist in der Tat eine sehr naheliegende, und um so weniger ist das geringe Interesse zu verstehen, welches ihr in der Literatur entgegengebracht wird.

Die vorliegende Frage läßt sich nicht einheitlich für das ganze Notstandsgebiet beantworten.

§ 52 Abs. 1 StGB. setzt voraus, daß der Täter das Bewußtsein von dem Vorliegen einer Notlage gehabt haben muß.

Denn die gefährliche Drohung, die Furcht vor einem ihm von dem Drohenden zuzufügenden Übel, muß den Täter zu seiner Handlungsweise veranlaßt haben.

Auch für § 54 StGB. ist das Vorhandensein des Not-Bewußtseins des Täters zu verlangen.

Das folgt zunächst aus dem subjektiven Charakter der Vorschrift.

Der Täter wird deshalb entschuldigt, weil er sich in einer subjektiven Not befunden hat.

Fehlt diese subjektive Not, und das ist der Fall, wenn der Täter von der Gefahr, in welcher er sich befindet, überhaupt keine Vorstellung hat, so entfällt damit auch der Entschuldigungsgrund.

Auch der Wortlaut des § 54 spricht für diese Ansicht.

---

[73]) Vgl. Binding I, 779.

Die Notstandshandlung muß begangen sein „zur Rettung" aus einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben; d. h. zum Zwecke der Rettung; die Beseitigung einer erkannten Gefahr muß für den Handelnden Motiv gewesen sein.

Wir können nach alledem den Satz aufstellen:

Soweit eine Notstandshandlung vom Rechte nur entschuldigt wird, entfällt die Entschuldbarkeit und damit die Straflosigkeit des Täters, wenn dieser das Bewußtsein von dem Vorliegen eines Notstandes überhaupt nicht hatte.

Zu einer anderen Entscheidung der Frage müssen wir aber dann kommen, wenn die vorgenommene Notstandshandlung das Prädikat rechtmäßig verdient.

Wenn jemand einen dem Rechte erwünschten Erfolg mit dem im gegebenen Falle zulässigen Mittel herbeiführt, so kann es an der damit gegebenen Rechtmäßigkeit seines Handelns nichts ändern, wenn er sich der Zweckmäßigkeit seines Tuns nicht bewußt war; ja selbst dann bleibt die Tat rechtmäßig, wenn der Täter rechtswidrig handeln wollte und auch glaubte, dies zu tun[74]).

V. Das Vorliegen der bisher angegebenen Momente genügt zur Entschuldigung oder Rechtfertigung des Täters, wenn diesem nicht etwa durch positiven Rechtssatz die Verpflichtung auferlegt ist, den Notstand zu bestehen.

Daß die Rechtsordnung solche Pflichten statuieren kann, ist selbstverständlich.

Sie wird es aber nur dort tun, wo die Allgemeinheit ein höheres Interesse an dem Bestehen des Notstandes durch den Bedrohten als an der Erhaltung seiner Rechtsgüter hat.

Bei der Härte, welche in der Pflicht, den Notstand zu bestehen, für den Beteiligten liegt, wird man nur da eine solche annehmen dürfen, wo sie das Gesetz ausdrücklich durch positive Satzung festlegt.

Jede Übertragung eines solchen Rechtssatzes auf analoge Verhältnisse ist unzulässig.

Insbesondere ist vor der auch von *Binding* vertretenen Auffassung zu warnen, daß die Übernahme von Amtspflichten ohne weiteres die Berufung auf einen mit ihnen im Zusammenhang stehenden Notstand ausschließe[75]).

---

[74]) Treffend Binding I, 695: „Es sei noch darauf hingewiesen, daß jene Auslegung der Norm: verboten ist nicht nur, was sie untersagt, sondern auch, was der Täter für untersagt hält, natürlich erlaubenden Rechtssätzen gegenüber gleichfalls Platz greifen müßte. Denn darf der Täter nicht tun, was er für verboten hält, so muß er auch tun dürfen, was ihm erlaubt scheint: erlaubt und verboten hören auf, objektive Eigenschaften menschlicher Handlungen zu sein, sie sind zu subjektiven Werturteilen degradiert."

[75]) So ist dem Richter, welcher z. B. in einer politischen Strafsache mit dem Tode bedroht wird, wenn er ein dem Angeklagten ungünstiges Urteil fälle, keinesfalls die Berufung auf Notstand versagt.

Eine Pflicht zum Bestehen des Notstandes ist im geltenden Recht nur in folgenden drei Fällen ausdrücklich aufgestellt worden:

1. Derjenige, welcher dem Strafanspruch des Staates unterworfen ist, hat den ihm von Rechts wegen auferlegten Notstand zu dulden.

2. Der Wehrmacht sind aus Gründen der Staatssicherheit besondere Verpflichtungen auferlegt.

§ 49 MStGB. bestimmt: „Die Verletzung einer Dienstpflicht aus Furcht vor persönlicher Gefahr ist ebenso zu bestrafen, wie die Verletzung einer Dienstpflicht aus Vorsatz."

Die §§ 84—88 daselbst dekretieren: Wer während des Gefechtes aus Feigheit die Flucht ergreift, wird mit dem Tode bestraft.

3. Die Seemannsordnung bestimmt in den §§ 34, 41 folgendes: Bei Seegefahr, besonders bei drohendem Schiffbruch, sowie bei Gewalt und Angriff gegen Schiff oder Ladung hat der Schiffsmann alle befohlene Hilfe zur Erhaltung von Schiff und Ladung unweigerlich zu leisten und darf ohne Einwilligung des Schiffers, solange dieser selbst an Bord bleibt, das Schiff nicht verlassen.

Der Schiffsmann hat bei Schiffbruch den Anordnungen des Schiffers gemäß nach besten Kräften für Rettung der Personen und ihrer Effekten, für Sicherstellung der Schiffsteile, der Gerätschaften und der Ladung Sorge zu tragen, und zwar auch dann, wenn dies mit Lebensgefahr verbunden ist.

Mit diesen Fällen ist der Kreis der Personen, welche gesetzlich zum Bestehen eines Notstandes verpflichtet sind, geschlossen.

So sonderbar es auch anmutet, daß die Polizei, welche zur Aufrechterhaltung der Ordnung im Inneren bestimmt ist, keine gesetzliche Verpflichtung hat, Notstände unbedingt zu bestehen, so darf eben doch eine solche Verpflichtung nicht durch Analogieschluß konstruiert werden[76]).

Selbst für einen zum Bestehen des Notstandes Verpflichteten können aber Situationen entstehen, in denen man ihm die Erfüllung der Pflicht schlechterdings nicht mehr zumuten kann; m. a. W., sinnloses Aufopfern verlangt die Rechtsordnung auch hier nicht[77]).

Es ist noch die Frage aufzuwerfen, ob eine Pflicht zum Bestehen des Notstandes durch privaten Vertrag begründet werden kann.

Zivilrechtlich ist an der Gültigkeit einer solchen Verpflichtung nicht zu zweifeln, ebensowenig, daß aus ihrer Verletzung eine Schadensersatzpflicht entstehen kann.

---

[76]) Ebenso Frank, Komm., S. 168; Baumgarten, Notstand und Notwehr, 1911, S. 51; Broglio, Der strafrechtliche Notstand, 1927, S. 45 ff.

[77]) Ebenso Würzburger, Das Recht des strafrechtlichen Notstandes, 1903, S. 62.

Dagegen müssen wir doch Bedenken tragen, sie auch strafrechtlich für beachtlich zu erklären.

Es soll gewiß nicht verkannt werden, daß bei dieser Auffassung die Aufstellung einer solchen privaten Pflicht zum Bestehen des Notstandes für den Berechtigten nahezu illusorisch werden kann, aber soll man wirklich durch private Vereinbarungen Garantien außer Kraft setzen können, welche das Strafgesetz gewährt?

Fünftes Kapitel.

Einzelfragen.

§ 10. Der Putativnotstand.

Auf S. 63 f. haben wir uns mit dem Problem befaßt, ob der Täter zu bestrafen ist, wenn er zwar objektiv im Notstande gehandelt hat, subjektiv aber das Moment der Not in seinen Gedankenkreis nicht aufnahm, wenn ihm m. a. W. das Bewußtsein fehlte, in Not zu sein und darum so handeln zu müssen.

Hier soll uns der umgekehrte Fall beschäftigen, der Fall, in welchem der Täter glaubt, im Notstande zu handeln, während dessen Voraussetzungen in Wahrheit nicht gegeben sind (sogenannter Putativnotstand).

Der Irrtum des Täters kann ein ganz verschiedener sein.

Der Täter kann zunächst den tatsächlichen Vorgang, welcher sich vor seinen Augen abspielt, falsch auffassen; er kann z. B. glauben, der fremde Hund wolle ihn anfallen und verletzen, während das Tier in Wahrheit nur aus Spielerei wildere Bewegungen ausführt.

Ein solcher Irrtum, der als Tatirrtum zu bezeichnen ist, muß die Bestrafung des Täters wegen vorsätzlicher Begehung des Deliktes ausschließen, denn der Handelnde ist sich einer Rechtswidrigkeit seines Handelns, irgendeiner Pflichtwidrigkeit nicht bewußt.

Dies bedeutet aber nicht, daß der Täter immer von Strafe freizulassen ist; der Irrtum über den tatsächlichen Vorgang kann unentschuldbar sein, so fahrlässig, daß den Handelnden mit Fug und Recht die Strafe treffen muß, welche auf die fahrlässige Begehung seiner Handlung gesetzt ist.

Ein anderer Fall des Irrtums ist folgender:

Der Täter sieht die tatsächlichen Vorgänge so, wie sie wirklich sind, aber er knüpft an ihr Vorhandensein falsche rechtliche Folgerungen. Er glaubt z. B., daß er den ihm lieb gewordenen Gegenstand auch einem viel wertvolleren fremden gegenüber erhalten dürfe, wenn er den entstandenen Geldschaden ersetze.

Kurz, er irrt sich nicht über die Sachlage sondern über die Rechtslage.

Die Entscheidung dieses Falles hängt ganz davon ab, welchen Standpunkt man zu dem Begriff des Vorsatzes einnimmt.

Wer das Vorliegen einer vorsätzlichen Verübung der Tat schon bei der bloßen Kenntnis der äußeren Tatumstände für gegeben ansieht[78]), für den muß konsequenterweise der Rechtsirrtum des Täters unbeachtlich sein.

Zum Vorsatz gehört aber richtiger Ansicht nach, wenn auch nicht gerade das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit so doch das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit des eigenen Handelns. An diesem Moment fehlt es da, wo der Täter glaubt, einen Rechtsgrund für sein Tun zu besitzen.

Bei Rechtsirrtum des Täters ist daher eine Bestrafung wegen vorsätzlicher Begehung des Deliktes in gleicher Weise ausgeschlossen wie bei einem Irrtum über tatsächliche Begebenheiten.

Oft wird der Irrtum des Täters unentschuldbar sein. Aber ob entschuldbar oder nicht, immer schließt der wirklich vorhandene Irrtum jedenfalls das Bewußtsein des Täters aus, die Rechtsordnung mit seiner Handlung zu verletzen. Der Handelnde kann daher nie wegen Vorsatzes sondern höchstens wegen Fahrlässigkeit dem Strafanspruch des Staates verfallen[79]).

Der Täter kann schließlich wissen oder fühlen, daß seine Handlung mit den Grundsätzen von Recht und Moral nicht in Einklang zu bringen ist; er nimmt sie aber trotzdem vor, da er glaubt, daß die Rechtsordnung seine Not als entschuldigendes Moment betrachte und ihn von Strafe freilasse.

Dem Täter, der solches denkt, ist der Vorsatz seines Handelns nicht abzusprechen. Sein Irrtum bezieht sich nicht auf die Rechtmäßigkeit seiner Tat sondern nur auf ihre Strafbarkeit; er hat die Auslegung der Strafgesetze zum Gegenstand.

Ein solcher Irrtum muß unbeachtet bleiben, wenn nicht die Aufstellung von Strafrechtsnormen überhaupt zur bloßen Farce werden soll[80]).

---

[78]) So z. B. v. Bar, Gesetz und Schuld, II, 373 ff.; Heinemann, Die Bindingsche Schuldlehre, 1889; Schwartz, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 1914, S. 7; Stienen, Deutsche Richterzeitung 18/201 ff.; vielfach auch das Reichsgericht: vgl. 15/158; 20/393; 37/139; 53/9; 53/81 (85); 55/96; 57/404; 58/247.

[79]) So auch z. B. Binding, Ger. S. 87/113 ff.; v. Liszt-Schmidt, § 40. Mit der Strafe wegen Vorsatzes müssen den Täter auch in diesem Falle alle diejenigen belegen, welchen das bloße Kennenmüssen der Rechtswidrigkeit für den Begriff des Vorsatzes genügt. Vgl. z. B. Frank, Komm., S. 187; Merkel, Lehrbuch des Strafrechts, 1889, S. 67; Rümelin, ZStW. 41/495 ff.; Max Ernst Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903, S. 74; derselbe, ZStW. 32/498 ff.; Köhler, Ger. S. 96/104.

[80]) Die im Text gegebene praktische Lösung der Fälle des Putativnotstandes findet sich im Ergebnis besonders bei Goldschmidt, Der Notstand, ein Schuldproblem, Österr. Ztschr. für Strafrecht, IV, 1913, S. 167.

Das Reichsgericht hat sich mit der Frage des Putativnotstandes in verschiedenen Entscheidungen befaßt[81]).

Aber alle diese Betrachtungen haben nur einen Tatirrtum zum Gegenstande, bei welchem genau wie im vorliegenden Text der Vorsatz des Täters als ausgeschlossen betrachtet wird.

Die Frage eines Rechtsirrtums ist vom Reichsgericht im Rahmen des Notstandes bisher nicht berührt worden.

Wohl aber ist über den Rechtsirrtum an zahlreichen anderen Stellen gehandelt worden[82]), die einen ziemlich sicheren Schluß darauf zulassen, wie das Reichsgericht solche Fälle des Putativnotstandes beurteilen wird.

Das Reichsgericht unterscheidet bekanntlich zwischen strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Irrtum.

Irrte der Täter über einen Rechtssatz, der seine Anerkennung außerhalb des Strafrechts gefunden hat, so soll dieser Irrtum beachtlich sein, seinen Vorsatz ausschließen; nicht so, wenn der vermutete Rechtfertigungsgrund nur im Rahmen des Strafrechts anerkannt ist.

Diese Grundsätze auf den Notstand angewendet ergeben:

Glaubte der Täter, in der Not einen Entschuldigungsgrund für sein Handeln erblicken zu können, so ist er strafbar, wenn diese Auffassung nicht zutrifft; denn als Entschuldigungsgrund ist der Notstand nur im Strafrecht anerkannt.

Nahm der Täter dagegen an, daß die Not seine Handlung rechtfertige, so muß ihm dieser Irrtum zugute kommen, denn der anerkannte Rechtfertigungsgrund des Notstandes ist ein außerstrafrechtlicher Rechtssatz.

Eine zukünftige Stellungnahme des Reichsgerichts zu der Frage des einen Rechtsirrtum betreffenden Putativnotstandes dürfte sich demnach von der hier im Text vertretenen Auffassung im praktischen Ergebnis nicht unterscheiden.

§ 11. Die Notwehr gegen die Notstandshandlung.

Die Frage, ob man gegen die Notstandshandlung Notwehr zulassen dürfe oder nicht, ist von jeher in der Wissenschaft lebhaft diskutiert worden; sie ist es vor allem gewesen, welche das Problem, ob der Notstand ein Rechtfertigungsgrund oder nur ein bloßer Entschuldigungsgrund sei, zur Entstehung und zur Reife gebracht hat.

Wer die Zulassung der Notwehr gegen den Notstandsbedrohten für unzweckmäßig und unbillig hielt, der suchte vor allem mit

---

[81]) RG. 36/334 (340); 41/214 (216); 57/268; 59/69; 63/18; Goltd. Arch. 62/149.

[82]) z. B. 4/98; 33/71 (74); 42/142 (144); 59/404 (408); 61/242 (258) behandelt einen Tatirrtum, nicht, wie von Frank, S. 187, angenommen, einen Rechtsirrtum. Vgl. zu der Stellung des RG. noch Lobe, Lpz. Komm., S. 59 ff.

diesem Argument den rechtfertigenden Charakter des Notstandes zu begründen; anders derjenige, der mehr auf seiten des Gegners stand, für ihn war der Notstand nur ein Entschuldigungsgrund, der zwar den Bedrohten von Strafe freilasse, nicht aber den Charakter der Rechtswidrigkeit seiner Handlung beseitige und dem Gegner das Notwehrrecht nicht raube[83]).

Heute wissen wir, daß der umgekehrte Weg beschritten werden muß; Grundlage des rechtfertigenden Notstandes ist das Prinzip des überwiegenden Interesses, nicht die Notwendigkeit, die Notwehr gegen die Notstandshandlung ausschließen zu müssen. Aber rechtfertigendem Notstand gegenüber ist dem Gegner des Bedrohten das Notwehrrecht versagt. Es besteht, wenn nur entschuldigender Notstand für den Bedrohten vorliegt[84])[85]).

Eine besonders abweichende Meinung wird von *Hold v. Ferneck* vertreten[86]).

Seine Ausführungen gipfeln im wesentlichen in folgenden Punkten:

Wenn der Gesetzgeber die Selbstverteidigungsmöglichkeit gegen rechtswidrige Angriffe schuf und den Angegriffenen zur Anwendung der schärfsten Mittel berechtigte, so hatte er dabei Fälle im Auge, in denen der Angreifer böswillig und ohne triftigen Grund die fremde Rechtssphäre verletzen will. Hier war eine sofortige scharfe Abwehr geboten.

Ganz anders liegt aber der Fall, wenn jemand nicht aus verbrecherischen Motiven sondern unter dem Drucke eines Notstandes sich zu einem Eingriff in eine fremde Interessensphäre entschließt.

Hier würde die Abwehr des durch die Notstandshandlung Hilfe Suchenden mit den schärfsten Mitteln eine unbillige Härte bedeuten. Ja, der Gegner wäre sogar mit Fug und Recht in der Lage, ihm ein größeres Übel zuzufügen als von der Rechtsordnung auf die vorsätzliche, nicht im Notstande begangene Tat gesetzt ist.

Dies aber kann die Absicht des Gesetzgebers nicht gewesen sein, um so weniger, als er den Notstand mitunter so weitgehend berücksichtigt, daß er ihm sogar rechtfertigende Kraft zuschreibt.

---

[83]) Vgl. zu dieser Frage vor allem Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 131, Anm. 4, S. 136, Anm. 31/32 und die dort angeführte Literatur.

[84]) So die allgemeine Meinung.

[85]) Ganz anderer Ansicht M. E. Mayer, Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, S. 304 ff. Selbst in den Fällen der §§ 228 und 904 BGB. soll an sich die Notwehr gegen den Notstandstäter statthaft sein, weil diesem nur ein subjektives Recht auf Entschuldigung einer Rechtsgüterverletzung gewährt sei; objektiv bleibe die Notstandshandlung immer widerrechtlich. Zwar sei in § 904 die Konsequenz der Zulassung der Notwehr ausdrücklich ausgeschlossen, sie bleibe aber für alle anderen Fälle in Kraft.

[86]) Die Rechtswidrigkeit II, 1, S. 122 ff., S. 146/147.

Aus alledem folgt, daß die Notwehr gegenüber einer Notstandshandlung niemals zulässig ist, mag letztere nur entschuldigt sein oder den Charakter der Rechtmäßigkeit tragen.

Dies heißt nun nicht, daß der Gegner des Notstandsbedrohten ruhig zusehen muß, wie in seine Rechtssphäre verletzend eingegriffen wird.

Er befindet sich ja auch im Notstande, und dessen Befugnisse gelten auch für ihn; sie gewähren auch ihm bei gegebenen Voraussetzungen das Recht der Verteidigung.

Nur, daß diese Verteidigung gebunden ist an eine gerechte Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen, und daß sie niemals sich jedes, auch des stärksten Mittels bedienen darf sondern nur dessen, welches möglichst schonend in den Rechtskreis des Bedrohten eingreift, welches unumgänglich notwendig ist, um die eigene Rechtssphäre wirksam zu schützen.

Der Grundgedanke der Beweisführung *Hold v. Fernecks* ist nach alledem der, daß der Notstandsbedrohte gegen eine zu scharfe Abwehr seines Kollisionsgegners geschützt werden soll.

Aber ergibt sich dieser notwendige Schutz nicht schon aus der Notwehrbestimmung selbst, nach welcher die Notwehr nur diejenige Verteidigung sein soll, welche erforderlich ist, um einem rechtswidrigen Angriff zu begegnen, und welche den Handelnden bei einer Überschreitung der Grenzen regelmäßig mit Strafe bedroht?

Die von *Hold v. Ferneck* vorgenommene Vergewaltigung des Gesetzes ist denn wohl auch von keiner Seite nachgeahmt worden.

Lebenslauf.

Ich wurde am 24. Oktober 1901 als Sohn des damaligen Kaiserl. Bankvorstandes MAX TRAEGER und seiner Ehefrau LINI MARIE TRAEGER, geb. MILLHOFF in Hagen in Westfalen geboren. Meine religiöse Erziehung erfolgte im evangelisch-lutherischen Glaubensbekenntnisse. Mein Vater wurde 1904 in der Eigenschaft als Kaiserl. Bankassessor nach Siegen und 1907 von da in gleicher Eigenschaft nach Leipzig berufen. Hier kam ich in die Schule und besuchte in den Jahren 1908 und 1909 die Teichmann-Dr. Roth'sche Privatschule. 1910 erhielt mein Vater seine Ernennung zum Kaiserl. Bankdirektor und übernahm als solcher die Leitung der Reichsbankstelle in Glatz (Schles.). Das dritte Schuljahr absolvierte ich hier noch auf einer privaten Vorschule und besuchte dann in den Jahren 1911—1920 das humanistische staatliche Gymnasium zu Glatz, welches ich mit dem Reifezeugnis Ostern 1920 verließ. Im März 1920 wurde mein Vater, der nach dem Umsturz von 1918 die Amtsbezeichnung Reichsbankdirektor führte, in gleicher Eigenschaft zum Leiter der Reichsbankstelle in Chemnitz berufen. Hier trat zum erstenmal die Frage der Berufswahl an mich heran. Die damaligen unsicheren Zeitverhältnisse ließen mir ein Studium nicht ratsam erscheinen. Am 20. April 1920 trat ich als Lehrling bei dem Bankgeschäft F. Metzner in Chemnitz ein. Nach Beendigung meiner Lehrzeit im Mai 1922 wurde ich Hauptkassierer der Firma und habe diese Tätigkeit bis zum 14. Februar 1924 ausgeübt. Nach einer vorübergehenden Beschäftigung als Korrespondent bei der Automobilfirma Moll-Werke A. G. in Chemnitz-Ebersdorf trat ich am 1. Februar 1925 bei der Allgemeinen Deutschen Kredit-Anstalt in Chemnitz ein. Hier wurde ich Leiter der von mir neugegründeten Aufwertungsabteilung. Im März 1926 entschloß ich mich, da ich bei vielen Gelegenheiten den Mangel einer juristischen Ausbildung empfand, zum rechtswissenschaftlichen Studium. Das erste Semester studierte ich an der Universität Berlin. Da mein Vater nach seiner Pensionierung Marburg zum Wohnsitz wählte, habe ich die sämtlichen weiteren Semester an der Marburger Universität studiert. Am 15. November 1930 bestand ich vor dem Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Staatsprüfung. Um meine Ernennung zum Referendar habe ich nicht nachgesucht. Da ich beabsichtigte, evtl. später wieder zur Bank oder Industrie zurückzukehren, studiere ich seit dem Wintersemester 1931/32 an der Marburger Universität Nationalökonomie und neue Sprachen.